Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Undécima
C/ Ferraz, 41 , Planta 2 - 28008
Tfno.: 914933922
37007740
N.I.G.: 28.079.42.2-2012/0113186

(01) 30670508791

Recurso de Apelación 623/2015

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 14 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 889/2012

APELANTE: CAIXABANK SA
PROCURADORA Dña. ADELA CANO LANTERO
APELADO:
PROCURADOR D. ERNESTO GARCIA-LOZANO MARTIN

SENTENCIA

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMO/A SR./SRA. PRESIDENTE:
D. CESÁREO DURO VENTURA
ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:
Dña. MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ DUPLÁ
Dña. MARÍA DE LOS DESAMPARADOS DELGADO TORTOSA

En Madrid, a dieciséis de septiembre de dos mil dieciséis.

La Sección Undécima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 889/2012 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 14 de Madrid a instancia de **CAIXABANK SA** como parte apelante, representada por la Procuradora Dña. ADELA CANO LANTERO contra como parte apelada, representada por el Procurador D. ERNESTO GARCIA-LOZANO MARTIN; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 06/05/2015.

VISTO, Siendo Magistrada Ponente **Dña. MARÍA DE LOS DESAMPARADOS DELGADO TORTOSA.**

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia nº 14 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 06/05/2015, cuyo fallo es del tenor siguiente:

"Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador D. ERNESTO GARCIA-LOZANO MARTIN en nombre de contra BARCLAYS BANK, S.A:

1.- Debo declarar y 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 en consecuencia, 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.- Será en ejecución de sentencia donde se determinará la liquidación concreta de la prestaciones que deben restituirse sobre la base liquidadora anteriormente expuesta, al amparo del artículo 219 de la LEC.

3.- Todo ello con imposición de las costas causadas en el procedimiento a la parte demandada.".

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de CAIXABANK SA, que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la parte contraria que formuló oposición al recurso, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- En la **demanda** que da inicio a este proceso la demandante , ejercita contra BARCLAYS BANK, S.A. (actualmente CAIXABANK, S.A.) una acción principal de nulidad por vicio en el consentimiento e incumplimiento de normas imperativas (así como subsidiaria de incumplimiento contractual y reclamación de daños y perjuicios), de las operaciones de intermediación realizadas por Barclays Bank SA de fecha 23 de julio de 2007, referidas a los instrumentos financieros "Bono Autocancelable FERROVIAL/TELEFONICA" y "Bono Autocancelable BBVA/TELEFONICA", y se ordene la restitución recíproca de las prestaciones entre las partes, más los intereses legales.

La demandante alega en apoyo de sus pretensiones, dicho sea en necesaria síntesis: Que dichos Bonos le fueron recomendados a la mercantil demandante, a través de su representante legal , por la empleada del Banco demandado, , en julio de 2007, mediante propuesta de inversión personalizada, como "bonos garantizados", es decir, como una inversión con capital garantizado, en concreto, bajo la denominación "Bono Est. Renta Variable EUR", cuando resultaron ser "bonos estructurados sin garantía de capital", y que siguiendo la propuesta de inversión de Barclays, procedió a realizar la inversión recomendada, firmando el día 23 de julio de 2007 dos órdenes de compra, una de "Bono Autocancelable FERROVIAL/TELEFONICA" y otra de "Bono Autocancelable BBVA/TELEFONICA", la primera por un nominal de 250.000 euros y la segunda por un nominal de 200.000 euros. Aduce que se le ofreció una información escasa e incorrecta de los productos, que no se le entregó documento alguno explicativo adicional a la propuesta de inversión donde constara la descripción y factores de riesgo de los instrumentos financieros, y que tras firmar las órdenes de compra, la información posterior tampoco fue correcta. Fue en agosto de 2008, tras haber sido informada en fecha 24 de julio de 2008 de las graves pérdidas existentes en ese momento, cuando el Banco le informa de la verdadera naturaleza de los instrumentos y se le entregan los extractos de las fichas de los Instrumentos, así como los términos y condiciones finales, que en ningún caso pudieron entregarse antes de contratar -23 de julio de 2007- pues aparecen fechados el 1 y el 8 de agosto de 2007, careciendo además tales documentos de la claridad necesaria. Que procede a ordenar la venta del Instrumento con

subyacentes BBVA y Telefónica el 16 de octubre de 2008 perdiendo 89.560 euros de los 200.000 invertidos (un 44,78%), y el 4 de febrero de 2009 el Instrumento con subyacentes Ferrovial y Telefónica con unas pérdidas de 172.250 euros de los 250.000 euros invertidos (un 68,90%). El rendimiento obtenido solo fue un cupón abonado el 4 de agosto de 2008 por importe de 9.883,69 euros. Cuantifica las pérdidas en 251.926,31 euros. Señala que Barclays prestaba al Cliente un servicio de inversión consistente en asesoramiento de inversiones, recomendando de forma personalizada y ejecutando la adquisición del producto. Y expresa que la demandante es una empresa cuyo objeto social es la publicidad, cuyo administrador único es , que carecía de conocimientos y medios para conocer lo que compraba y hacer un seguimiento de la inversión, y que la demandada incumplió con sus obligaciones de conocer su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión, no siendo adecuados dichos Bonos atendiendo al objetivo de la inversión que buscaba rentabilidad sin arriesgar el principal invertido.

La **entidad bancaria demandada** se opuso a la demanda, alegando, básicamente: i) que la persona que ha actuado siempre como interlocutor ante el Banco ha sido el , quien goza de sólidos conocimientos financieros en atención a su formación académica y por su propia experiencia laboral, siendo de facto la persona que ha venido realizando desde mucho antes de 2007 múltiples operaciones de inversión, con dilatada experiencia en la contratación de productos de inversión; ii) niega el asesoramiento afirmando que la iniciativa de invertir en estos productos partió de dicho señor; iii) que previa a la contratación de los Bonos se mantuvieron múltiples reuniones durante las cuales la demandada recabó información suficiente acerca de las expectativas de inversión de la demandante; iv) que el había suscrito con Barclays otros productos de riesgo, pues junto con productos de tesorería y de renta fija, la cartera del ha contado con una pluralidad de productos de renta variable con riesgo de pérdida de capital; v) que cuando el suscribió las órdenes de compra de los Bonos conocía los términos y condiciones del producto, incluido el carácter no garantizado del capital, y que su intención era obtener mayores réditos y asumiendo la posibilidad de pérdidas; vi) niega la existencia de una relación de asesoramiento entre el Banco y la demandante.

SEGUNDO.- La **sentencia de primera instancia** estimó la demanda. Entiende que existió un servicio de asesoramiento en el marco de la relación contractual de depósito y

administración de valores. Califica los productos estructurados, como es el caso, de instrumentos financieros derivados que deben considerarse productos complejos. Considera que se está en el caso de un cliente minorista, y a tenor de las pruebas practicadas concluye que la demandada ha incumplido los deberes de información que pesan sobre las entidades financieras y normativa aplicable en relación a tales productos financieros. Por todo ello declara la nulidad de las operaciones denunciadas en la demanda condenando a la devolución recíproca de las prestaciones, debiendo determinarse en ejecución de sentencia la liquidación concreta de las prestaciones que deben restituirse sobre la base liquidatoria que expone.

TERCERO.- Contra dicha resolución BARCLAYS BANK, S.A., ha interpuesto **recurso de apelación** en el que adujo como motivos de impugnación específicos de la sentencia los siguientes:

1) Error en la valoración de la prueba: a) respecto del perfil empresarial e inversor de la demandante , cuyo interlocutor frente al Banco fue en todo momento su administrador único, el , quien es un profesional del más alto rango, que ha sido socio de una de las principales auditoras del mundo -Arthur Andersen LLP- y de una de las principales agencias de publicidad del país; b) respecto de la experiencia inversora del Sr. , quien ha venido contratando otros productos de riesgo al menos desde el año 2002.

2) Error en la valoración de la prueba respecto de la información dada por el Banco, pues el Banco informó convenientemente a sobre las características y riesgos de los Bonos, con numerosas reuniones explicativas previas a la contratación en las que se le exhibieron las Presentaciones que se aportaron como documentos 3 y 4 de la contestación, habiendo firmado el cliente el folleto con las características de los Bonos litigiosos en el que se explicaba su funcionamiento y sobre todo sus riesgos, en concreto la pérdida de capital, así como también las órdenes de compra con aviso sobre el riesgo del producto. Se niega por ello que el consentimiento prestado por el para la contratación de los Bonos litigiosos estuviera viciado, y en todo caso, aunque el error hubiera efectivamente existido, sería un error inexcusable y no podría dar lugar a la pretendida nulidad.

Añade que los Bonos litigiosos otorgaban altas rentabilidades que podían llegar hasta el 20%, que no es propia de un producto de capital no garantizado, y entiende que resulta inverosímil que alguien pueda pensar que un producto que ofrece tal rentabilidad no lleva aparejado un riesgo -cuanta más rentabilidad se pretende conseguir mayor riesgo se asume-, más en el caso del dada su amplia experiencia inversora.

La demandante se opone al recurso y solicita la íntegra confirmación de la sentencia.

CUARTO.- Sobre los Bonos contratados

Los Bonos estructurados contratados por la mercantil el 23 de julio de 2007 mediante sendas Ordenes de Compra de Instrumentos Financieros Derivados objeto del litigio son los siguientes:

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-; vencimiento máximo previsto para el 5 de agosto de 2009, aunque con posibilidad de cancelación anticipada automática y con el capital no garantizado a vencimiento. Listado en la Bolsa de Londres.

Son productos financieros con un plazo de duración determinado, sujetos a cancelación anticipada, en los que no se garantiza la devolución del capital invertido y cuyo rendimiento económico varía en función de la cotización que, en la bolsa, tengan las

acciones de tres entidades BBVA, TELEFONIA y FERROVIAL. Están dirigidos -conforme se recoge en el "argumentario comercial" de los Bonos que aporta la demandada con su contestación como doc. 3 y 4- a inversores de perfil alto o arriesgado,

Dadas las características de estos Bonos se trata de un producto financiero complejo y de riesgo elevado. En este sentido se pronuncian, entre otras, la Sección 20 de esta AP Madrid, en sentencia de 15 de enero de 2015, en relación al "Bono Autocancelable BBVA +TEF 3 años" ("el bono que la recurrente adquirió por cuenta de su cliente es un producto financiero derivado complejo y de elevado riesgo, incluido en el anexo I, sección C, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 relativa a los mercados de instrumentos financieros"), o Sección 21 en sentencia de 15 de septiembre de 2015, en relación al "bono autocancelable Iberdrola Telefónica, Popular 14%" ("es un producto financiero complejo y de riesgo elevado"), y así se expresa esta misma Sección 11 en sentencias de 18 de junio de 2015, así como en la de 25 de enero de 2016 en relación a una orden de compra del producto "Cesta Autocancelable FTEL+BNP a 5 años (Cupón 20%)", con rentabilidad variable en función de la evolución de la cesta de dos acciones -France Telecon y BNP Paribas-, como subyacentes: "Se trata de un producto complejo y de elevado riesgo. Así lo expresa la CNMV en el informe emitido con ocasión de la reclamación formulada por los demandantes "*el producto contratado, dadas sus características -sin garantía de capital a su vencimiento- debe ser considerado de riesgo elevado-*". También el Banco de España, sobre los instrumentos estructurados, en el dictamen del primer trimestre del año 2008 del Servicio de Reclamaciones, dice que "*estos depósitos (estructurados) son instrumentos cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad. Para su correcta comprensión y valoración, en cuanto a su adecuación a los objetivos de rentabilidad del cliente, se requiere a juicio de este servicio de reclamaciones una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria general.*".

QUINTO.- A las empresas de servicios de inversión y a las entidades de crédito que presten servicios de inversión se les impone, para con sus clientes o potenciales clientes, un deber precontractual que se manifiesta en una doble obligación, la de obtener información de sus clientes y la de proporcionarles información.

Como expresa la Sección 21 de esta Audiencia Provincial en la citada sentencia de 15 de septiembre de 2015:

"A/ Al cliente debe, ante todo, clasificársele en profesional o minorista, siendo clientes profesionales, con carácter general, aquéllos a quienes se presuma la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos, y, en particular, tan sólo tendrán la consideración de clientes profesionales aquellos que se enumeran en el apartado 3 del artículo 78 bis de la ley de Mercado de Valores , mientras que, todos los demás clientes, se considerarán minoristas.

B/ En cuanto a la obligación de dar o proporcionar información a los clientes, deberá ser una información imparcial, clara y no engañosa (siendo claramente identificables, como tales, las comunicaciones publicitarias), debiendo incluir, en todo caso de manera comprensible, la empresa de inversión y sus servicios (reseñando los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente), los instrumentos financieros y las estrategias de inversión propuestas (con referencia específica a las orientaciones y advertencias apropiadas acerca de los riesgos asociados a las inversiones en estos instrumentos o en relación con estrategias de inversión particulares), centro de ejecución de órdenes y gastos y costes asociados, para que les permita a los clientes, en lo posible, comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, pudiendo, en consecuencia, decidir si les conviene invertir en eses concreto producto financiero (artículo 19 apartado 2 , 3 y 8 de la Directiva 2004/39/CE y artículo 79 bis apartados 2, 3 y 4 de la Ley de Mercado de Valores).

C/ Respecto a la obligación de obtener información de los clientes, la entidad deberá hacer, a cada uno de los clientes, un test o cuestionario. Y, el contenido de este test o cuestionario, será distinto atendiendo al dato de que la entidad "preste asesoramiento en materia de inversiones o realice gestión de carteras" para el cliente, en cuyo caso le tendrá que hacer una "evaluación de idoneidad" (artículo 19 apartado 4 de la Directiva 2004/39/CE, artículo 79 bis apartado 6 de la Ley de Mercado de Valores , artículo 35 de la Directiva 2006/73/CE y artículo 72 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero). Mientras que si la entidad "no" presta asesoramiento en materia de inversiones ni realiza gestión de carteras para el cliente basta con que se le haga una "evaluación de conveniencia" (artículo 19

apartado 5 de la Directiva 2004/39/CE, artículo 79 bis apartado 7 de la Ley de Mercado de Valores, artículo 36 de la Directiva 2006/73/CE y artículo 73 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero)....".

En el supuesto que aquí se examina, a la fecha de la orden de compra de los Bonos dada por la demandante, esto es julio de 2007, no había entrado en vigor la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que modificó la Ley del Mercado de Valores, ni el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de los servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, normas por las que se traspuso al ordenamiento interno la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros, conocida como Directiva MiFID (Markets in Financial Instruments Directive).

Pero la normativa del mercado de valores vigente en 2006, ya daba "una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza" (Tribunal Supremo, Sentencias 460/2014, de 10 de septiembre y 376/2015, de 7 de julio).

El art. 79 de la Ley de Mercado de Valores, en la redacción de aquel momento, establecía como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de "asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados" y, por su parte, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del

mercado de valores, a las que se refería el artículo 78 de la propia Ley del Mercado de Valores, en la redacción de entonces. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión (artículos 1, 2 y 4 del anexo de este Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo -"Código general de conducta de los mercados de valores"-).

Y el artículo 5 del mismo anexo regulaba así la información que estas entidades debían ofrecer a sus clientes:

"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.

"(...).

"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".

Recordemos que, como destaca la STS de 18 de abril de 2013, el régimen jurídico resultante de la Ley del Mercado de Valores y de la normativa reglamentaria que la desarrolla, interpretadas a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva 1993/22/CEE de la que son desarrollo, impone a las empresas que actúan en el mercado de valores, y en concreto a las que prestan servicios de gestión discrecional de carteras de inversión, la obligación de recabar información a sus clientes sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión, y la de suministrar con la debida diligencia a los clientes

cuyas carteras de inversión gestionan una información clara y transparente, completa, concreta y de fácil comprensión para los mismos, que evite 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. Deben observar criterios de conducta basados en la imparcialidad, la buena fe, la diligencia, el orden, la prudencia y, en definitiva, cuidar de los intereses de los clientes como si fuesen propios, dedicando a cada cliente el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos, respondiendo de este modo a la confianza que el inversor deposita en el profesional en un campo tan complejo como es el de la inversión en valores mobiliarios. Además, la empresa que gestiona la cartera del inversor ha de seguir las instrucciones del cliente en la realización de operaciones de gestión de los valores de la cartera ("con arreglo al mandato del cliente" o "a los mandatos del cliente", se dice en la Ley del Mercado de Valores y en la STJUE antes mencionados). Por otro lado, las indicaciones del cliente sobre su perfil de riesgo y sus preferencias de inversión desempeñan una función integradora del contenido del contrato, fundamental en el caso del mandato, haciendo la función de instrucciones al gestor para el desarrollo de su obligación básica.

Más recientemente, la STS de 30 de junio de 2015 señala que el que el contrato sea anterior a la normativa MIFID, no exime a la demandada de ofrecer al cliente la información precisa para que comprenda el alcance del producto que ha de contratar y asegurarse de que lo ha entendido con la suficiente claridad con carácter previo a contratar el producto, en base al contenido de los artículos 79 de la Ley 24/1988 de 28 de julio, antes de su modificación, según el cual "Toda persona o entidad que actúe en un mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberá dar absoluta prioridad al interés de su cliente". Y sigue diciendo: "Como declara el Tribunal Supremo núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, que invoca la citada de 30 de junio de 2015, "estos deberes de información 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 del Código Civil y en el Derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, en concreto en el art. 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos. Este genérico deber de negociar

de buena fe conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad, y, hecho lo anterior, proporcionar al cliente información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran los concretos riesgos que comporta el instrumento financiero que se pretende contratar."

SEXTO.- Llegados a este punto, debe darse por acreditado que Barclays Bank S.A. prestó a la mercantil . asesoramiento en materia de inversión. Así lo declara la sentencia de instancia y tal pronunciamiento no ha sido objeto de impugnación en el recurso.

Ya hemos indicado que, habida cuenta que la orden de compra se da, por el Cliente al Banco, en julio de 2007, es decir con anterioridad al día 21 de diciembre de 2007, no es de aplicación la Ley 47/2007, de 19 de diciembre ni el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, mediante las cuales se transpone, al ordenamiento jurídico español, la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004. Pero sí es de aplicación la legislación pre-MIFID que hemos expuesto en el fundamento de derecho anterior, en base a la cual, la entidad de crédito que presta un servicio de inversión, dándole a su cliente un asesoramiento en materia de inversión, tiene unos deberes precontractuales de recabar y proporcionar información así como el deber postcontractual de informar de la marcha de la inversión.

Como decíamos en nuestra sentencia de fecha 25 de enero de 2016:

"Lo decisivo en esta materia es que el banco informe debidamente al cliente en ese paso previo de "conocer bien el producto, para poder sopesar bien los riesgos". Si está bien informado, conoce los riesgos y no obstante los asume, la responsabilidad se desplazará no sobre el banco sino sobre el cliente. Pero si la información es inadecuada o desacertada, es evidente -por la asimetría contractual a que se refiere el Tribunal Supremo- que la responsabilidad debe recaer sobre el banco que comercializa el producto.

En el contenido de la explicación precontractual es de singular relevancia la

información que tiene la obligación de prestar la entidad financiera a quien por no ser un profesional y carecer de conocimientos específicos sobre la materia, se halla en situación contractual desigual y, por tanto inferior. Dicha información precontractual ha de aclarar todas las circunstancias relativas al funcionamiento y a los riesgos de un producto.

Se ha de tener presente que la carga de la prueba de la facilitación de la información exigible corresponde a la entidad bancaria, conforme al principio de facilidad probatoria, normativizado en el apartado 7 del artículo 217 LEC, conforme al cual corresponde probar a aquel litigante que tenga más fácil y directo acceso a la fuente de la prueba.

Así se expresaba en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2015:

"La falta de prueba sobre la existencia de esa información no puede perjudicar al cliente, sino a la empresa de servicios de inversión, porque se trata de extremos que conforme a las normas aplicables a la pretensión ejercitada, enervan la eficacia jurídica de los hechos alegados por la demandante y que resultaron debidamente justificados, y son extremos cuya prueba está además a la plena disposición de la parte demandada, si es que tal información hubiera sido efectivamente facilitada.

Al no haberlo hecho así, al haber hecho recaer sobre la demandante las consecuencias negativas de que no existiera prueba de que la demandada hubiera suministrado otra información que no fuera la contenida en la orden de compra (pues ni la sentencia del Juzgado de Primera Instancia ni la de la Audiencia Provincial consideran probado que se diera a la demandante otra información), la sentencia recurrida vulnera las reglas de la carga de la prueba aplicables, dadas las características de la acción ejercitada y de la materia sobre la que recae."

La demandada sostiene que la información suministrada fue correcta. Sin embargo, no podemos compartir tal afirmación. No puede tenerse por acreditado que la entidad financiera demandada cumpliera con la obligación de informar a la demandante, de manera clara, correcta, precisa, suficiente y comprensible, sobre la naturaleza y riesgos del instrumento financiero complejo que estaba contratando.

Es contradictorio con las alegaciones de la actora el testimonio de la empleada de la entidad bancaria, , que comercializó el producto, cuya versión no es prueba suficiente de la información verbal que se habría facilitado (art. 376 LEC). No se dan en su testimonio las condiciones objetivamente requeridas de fiabilidad al referirse a la información que se habría proporcionado a la demandante sobre los Bonos. Cabe recordar aquí la reflexión que al respecto hace el Tribunal Supremo en la STS 12 enero 2015: "no es correcto que la prueba tomada en consideración con carácter principal para considerar probado que Banco ..... cumplió su obligación de información sea la testifical de sus propios empleados, obligados a facilitar tal información y, por tanto, responsables de la omisión en caso de no haberla facilitado". En este caso, mientras que la actora manifiesta que lo que entendió era que se trataba de un producto de renta variable que garantizaba el capital, la entidad bancaria sostiene que se explicaron los productos adecuadamente. Ante tales versiones contradictorias, no cabe entender acreditado que la información que le habría sido facilitada en las reuniones mantenidas reunía todos los requisitos normativamente exigibles.

Por otro lado, no consta documentación precontractual informativa suficiente sobre la naturaleza de la operación y las características del producto entregada a la demandante. Aunque de la documentación aportada a las actuaciones se desprende que, además de la Propuesta de Inversión fechada el 20 de julio de 2007, la entidad demandante recibió copia de las Ordenes de Compra, los documentos denominados Términos y Condiciones Finales de cada producto y una Ficha Comercial referente a cada bono, los documentos de Términos y Condiciones están fechados con posterioridad al momento en que se cursaron las Ordenes de Compra, reconociendo la propia apelante en su escrito de recurso (página 15) que dicha documentación se entrega al Cliente después de la contratación, por lo que el Cliente no los recibió de hecho con la suficiente antelación para emitir un consentimiento informado; y en cuanto a las Fichas Comerciales, aunque están firmadas por el Cliente, no consta su fecha de entrega, por lo que como la actora manifiesta haberlas recibido con posterioridad a la compra de los productos, tampoco cabe considerar acreditada su entrega durante el proceso de comercialización. No basta sin más la declaración testifical de la empleada de la entidad bancaria que comercializó el producto, , como tampoco la del también empleado del Banco .

Resulta especialmente significativo el informe que la CNMV emite con ocasión de la reclamación formulada ante dicho organismo con fecha 21 de febrero de 2012, poniendo de relieve: i) cómo en el apartado "distribución por mercado" de la Propuesta de Inversión se define de forma equivocada estas inversiones como "Garantizados de Renta Variable"; ii) en relación a las Fichas Comerciales: "*si bien en la referente al Bono Autocancelable FER, TEF a 2 años (cupón 10,00% semestral)", se describe bajo el título "Mecanismo de amortización anticipada automática" el funcionamiento del producto y se indica la posibilidad de pérdida parcial del capital invertido a vencimiento, en la correspondiente al otro producto, aunque se describe su funcionamiento, se indica que, en caso de llegar a vencimiento, si el valor actual es inferior al valor inicial de los títulos y en algún momento algún valor ha caído un 40% o más a lo largo de la vida del bono, se recibirá "105% VI + Rentabilidad Final Peor Valor", lo cual consideramos inapropiado ya que se usa el signo + y el término rentabilidad para definir un escenario de depreciación de un valor, y ello podía inducir a una interpretación errónea por parte del cliente sobre la posibilidad de pérdida del capital invertido*"; iii) que el reclamante aporta diversos extractos de administración de títulos en los que los productos objeto de reclamación se identifican como "GAR BONO AUTOC BBVA TEF" y "GAR BON AUTCAN FERROVIAL, TEF", señalando que la utilización del prefijo "GAR" para definir estos productos es manifiestamente confuso, dado que el nominal invertido no estaba garantizado a vencimiento. Concluyendo finalmente:

- *No ha quedado acreditada la información de que dispuso Barclays sobre las circunstancias particulares de la entidad reclamante para prestar el servicio de asesoramiento, ni si los productos recomendados se ajustaban a esas circunstancias.*
- *Consideramos inadecuado el contenido de la propuesta de inversión, al informar de forma errónea sobre el carácter garantizado de las inversiones reclamadas.*
- *No ha quedado acreditado que Barclays informase a la entidad reclamante sobre las características y riesgos de los productos reclamados, con carácter previo a su contratación, más allá de la advertencia de riesgo recogida en la orden de compra.*
- *Consideramos inadecuado el contenido de los extractos informativos adjuntados.*

A lo que habría que añadir que, como también apunta el mencionado informe de la CNMV, las Ordenes carecen de la denominación del emisor del producto.

SÉPTIMO.- Sobre la valoración de la prueba respecto del perfil de la demandante.

Sostiene la apelante, como concreto motivo de recurso, el error en la valoración de la prueba respecto del perfil empresarial de la demandante , cuyo interlocutor frente al Banco fue en todo momento su administrador único, el , quien es un profesional del más alto rango, que ha sido socio de una de las principales auditoras del mundo -Arthur Andersen LLP- y de una de las principales agencias de publicidad del país, quien "tiene sólidos conocimientos financieros en atención a su formación académica y a su propia experiencia laboral", así como respecto de la experiencia inversora del , quien ha venido contratando otros productos de riesgo al menos desde el año 2002; lo que le habría permitido poder calibrar adecuadamente los riesgos que estaba asumiendo con la suscripción de los bonos.

Como expresábamos en la ya citada sentencia de 18 de junio de 2015:

"Este tema también ha sido tratado por el Tribunal Supremo en la Sentencia que antes hemos citado (STS 12 de enero de 2015), donde examina y analiza (en un supuesto de suscripción de un producto bancario de inversión) algunas de las condiciones personales de la suscriptora del producto que habían sido alegadas por el Banco como posibles reparos para la excusabilidad del error en tal suscripción.

"No existe prueba adecuada de que la demandante tuviera el perfil de inversora experta que le atribuye Banco .... Que su familia tenga una empresa en Alemania, ajena a las actividades financieras o de inversión (sanitarios, porcelana y bricolaje), de la que no existe prueba alguna de que ella tuviera funciones ejecutivas o directivas, no configura un perfil de inversor profesional. Como ya declaramos en la sentencia núm. 244/2013, de 18 de abril, la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto, que no lo da la actuación empresarial en otros campos. Por otra parte, en la póliza de seguro cuya anulación se solicita consta como profesión de la demandante la de "ama de casa".

Tampoco el hecho de tener un patrimonio considerable, lo que determinó su calificación como cliente de banca privada (que es una calificación hecha por Banco ...., no

por la propia cliente), determina por sí solo que se trate de un cliente experto en inversiones.

Y el hecho alegado por Banco .... de que la demandante hubiera hecho algunas inversiones (.....) no la convierte tampoco en cliente experta, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera a la demandante una información adecuada para contratar el producto conociendo y asumiendo los riesgos de una inversión compleja y sin garantías. La contratación de algunos productos de inversión con el asesoramiento de Banco Santander (alguno en las mismas fechas que el seguro de vida "unit linked"), sin que el banco pruebe que la información que dio a la cliente fue la exigida por la normativa del mercado de valores, solo puede indicar la reiteración de la entidad financiera en su conducta incorrecta, no el carácter experto del cliente".

(...) En palabras del Tribunal Supremo: "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" .

(...) De la misma manera, el hecho de ser administrador de varias empresas o incluso haber realizado con anterioridad algunas inversiones similares no implica tampoco poseer un conocimiento experto o una experiencia superior en materia de inversiones especulativas, que pudiera hacer inexcusable el error invocado por la demandante."

En nuestro caso, no habiéndose probado que se diera a la demandante una información adecuada para contratar el producto conociendo y asumiendo los riesgos de una inversión compleja y sin garantías, el hecho de que el interlocutor de ., empresa cuyo objeto social es la publicidad, su administrador único

hubiera podido tener relación con otras empresas, en grado que no consta (el que haya sido socio de la entidad auditora Arthur Andersen solo se apoya en la manifestación testigo D. , gestor del Banco que asesoró a la actora durante varios años, negándolo rotundamente la apelada), como el que el hubiera contratado con anterioridad, personalmente, otras inversiones de riesgo, que la apelante entiende que revelan un amplio historial inversor, pero de las que solo se aporta un "pantallazo" de ordenador, desconociéndose además la proporción que tendrían en su total cartera de inversiones, no justifica que posea un conocimiento o una experiencia superior en materia de inversiones especulativas que le convierta en cliente experto.

Entiende por ello la Sala que tales circunstancias no consiguen alterar el perfil de cliente minorista, no profesional. Y ser cliente minorista, como nos dice la STS de 30 de junio de 2015, "implica una presunción de falta de conocimiento de los instrumentos financieros complejos y, consecuentemente, la existencia de una asimetría informativa que justifica la existencia de rigurosos deberes de información por parte de las empresas de inversión, que en este caso no se han cumplido. Y además, no cabe entender que los demandantes tuvieran, por su profesión o experiencia, conocimientos profundos de este producto financiero complejo que les permitiera conocer los riesgos asociados a él. No puede considerarse, por las razones que se han expuesto, que quienes contrataron el préstamo hipotecario multidivisa disponían de los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del instrumento financiero contratado y los riesgos asociados al mismo, teniendo en cuenta que se trata de un producto peculiar, que precisa de conocimientos especializados que no están al alcance de cualquier ejecutivo."

OCTAVO.- Sobre la valoración de la prueba respecto de los riesgos asumidos voluntariamente por la demandante.

El segundo motivo de recurso mediante el que la entidad apelante viene a imputar también a la sentencia de instancia un error en la valoración de la prueba respecto del binomio "rentabilidad-riesgo", al no haber tenido en cuenta la juzgadora de instancia un principio elemental cual es que "*cuanta más rentabilidad se pretende conseguir, mayor riesgo se asume*", no puede tener acogida conforme a todo lo anteriormente expuesto.

No tiene en cuenta la apelante que lo decisivo en esta materia no es tanto que el cliente sepa adecuar la asunción de riesgos a su deseo de lucro, sino que, como venimos insistiendo, el banco informe debidamente al cliente en ese paso previo de "conocer bien el producto, para poder sopesar bien los riesgos". Si está bien informado, conoce los riesgos y no obstante los asume, la responsabilidad se desplazará no sobre el banco sino sobre el cliente. Pero si la información es inadecuada o desacertada, es evidente que -por la asimetría contractual a que se refiere el Tribunal Supremo- la responsabilidad debe recaer sobre el banco que comercializa el producto. Y en el presente caso, es evidente que el cliente no pudo apercibirse adecuadamente del riesgo cuando está acreditado por el Banco que la información que se le ofreció sobre el producto fue insuficiente y errónea.

Solo añadir que así lo explica el propio Banco en la INFORMACIÓN RELEVANTE emitida en fecha 2 de julio de 2010 (documento nº 11 de la demanda): "(ii) Que posteriormente, se ha detectado un error en la aplicación de los criterios de clasificación de productos del Banco, como consecuencia del cual los Bonos fueron erróneamente clasificados desde el punto de vista de su nivel de riesgo. En concreto se le asignó un nivel de riesgo "2" (medio- bajo), cuando lo procedente de acuerdo con los criterios del Banco, era "4" (alto)". Circunstancia que se pone de relieve y se toma también en consideración en la sentencia de esta Sección de 18 de junio de 2015: "Esto da una pauta decisiva para entender que el error en que el cliente incurrió, por la incorrecta información y valoración del riesgo por el Banco, fue un error excusable, pues aquél no tenía medios ni conocimientos de experto como para poder calibrar lo que el propio Banco detectaría dos años después de la contratación. No sólo no se ha destruido la presunción de que el cliente sabe menos que el Banco, sino que incluso se ha añadido un factor más a la generación del error en el cliente.". Añadiendo en relación con la valoración de las declaraciones de la empleada de la entidad bancaria demandada que "si el soporte documental del producto ya era en sí erróneo, no cabe presumir que la empleada que intervino en la comercialización de los Bonos adquiridos por la actora diera mejor información a ésta".

NOVENO.- En suma, hemos de concluir por tanto que no hubo error en la valoración de la prueba por parte de la Juzgadora de instancia al considerar que no ha quedado probado que la entidad financiera demandada procurase a la demandante una información clara, correcta, precisa y suficiente sobre la naturaleza y riesgos del instrumento

financiero complejo que estaban contratando, a fin de evitar su incorrecta interpretación. Como ha entendido la sentencia recurrida existió un error invalidante del consentimiento, esencial y excusable, en la orden de adquisición del producto.

Las consecuencias de tal infracción han sido acertadamente apreciada en la sentencia de instancia, declarando la nulidad del contrato en la medida en que la falta de información puede provocar un error vicio, en los términos que ya exponía la STS de 20 de enero de 2014 y se reitera en la de 30 de junio de 2015 que añade:

""Respecto del error vicio, esta Sala, en sentencias como las núm. 840/2013, de 20 de enero, y 716/2014 de 15 diciembre, ha declarado que el incumplimiento de los deberes de información, por sí mismo, 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.

También ha resaltado la Sala la importancia del deber de informar adecuadamente al cliente minorista, al que en principio se presupone que carece de conocimientos adecuados para comprender productos complejos y respecto del que, por lo general, existe una asimetría en la información en relación a la empresa con la que contrata. Pero ha considerado infundadas las pretensiones de anulación por vicio de consentimiento en el caso de contratación de estos productos, generalmente por importes elevados, cuando el contratante, pese a tener la consideración legal de minorista, tiene el perfil de cliente experimentado y la información que se le ha suministrado, pese a que pudiera no ser suficiente para un cliente no experto, sí lo es para quien tiene experiencia y conocimientos financieros (sentencia núm. 207/2015, de 23 de abril). Lo relevante para decidir si ha existido error vicio no es, en sí mismo, si se cumplieron las obligaciones de información que afectaban a la entidad bancaria, sino si al contratar, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo.

La omisión en el cumplimiento de los deberes de información que la normativa general y sectorial impone a la entidad bancaria permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y los riesgos asociados, que vicia el

consentimiento, pero tal presunción puede ser desvirtuada por la prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del producto que contrata y los riesgos que lleva asociados, en cuyo caso ya no concurre la asimetría informativa relevante que justifica la obligación de información que se impone a la entidad bancaria o de inversión y que justifica el carácter excusable del error del cliente."

En definitiva, el incumplimiento del deber de información, si bien en sí mismo no conlleva el error vicio en el consentimiento, sí permite, junto con el perfil y experiencia del cliente en materia de inversión de productos complejos, presumir que aquel no estuvo debidamente formado y fue emitido con desconocimiento de elementos esenciales del contrato y de sus riesgos potenciales, al basarse en suposiciones o percepciones inexactas, sin que tales carencias le sean imputables, máxime cuando las disposiciones legales que regulan la contratación en el ámbito del mercado de valores imponen a la otra parte contratante el deber esencial de informarle con carácter previo sobre la naturaleza, objeto, funcionamiento y riesgos inherentes al producto de inversión que se va a concertar.

El recurso por tanto no puede prosperar.

DÉCIMO.- Costas procesales.

La desestimación del recurso lleva consigo la imposición de las costas procesales de la segunda instancia a la parte apelante, según establece el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos, además de los citados, los artículos de general y pertinente aplicación.

III.- F A L L A M O S

Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BARCLAYS BANK S.A. contra la sentencia de fecha 6 de mayo de 2015 del Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Madrid, CONFIRMAMOS la referida resolución, con imposición de las costas procesales de la segunda instancia a la apelante.

La desestimación del recurso determina **la pérdida del depósito constituido**, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina Nº 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 2578-0000-00-0623-15, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe.