

Juzgado de 1ª Instancia nº 53

Madrid

Autos de juicio declarativo Ordinario nº 2213/09



SENTENCIA Nº

16 JUN 2010

17 JUN 2010

En Madrid a uno de junio de dos mil diez.

Dª Mª Isabel Ochoa Vidaur, Magistrado Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 53 ha examinado las presentes actuaciones de juicio declarativo ordinario seguido con el nº de orden 2213/09 en este Juzgado a instancia de Dª Mª Isabel García Muñoz y D José Luis Rodríguez Pereita representados por D José Luis Rodríguez Pereita, Procurador, bajo la dirección del Letrado D Nicolás Pérez Serrano Jáuregui contra Barclays Bank S.A. representada por el Procurador D María Pardillo Landeta y bajo la dirección del Letrado D Ignacio Trillo Garrigues, sobre resolución de contrato e indemnización de daños y perjuicios; y

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: D José Luis Rodríguez Pereita, Procurador de los Tribunales en nombre y representación de Dª Mª Isabel García Muñoz y en su propio nombre, promovió demanda de juicio ordinario contra Barclays Bank S.A alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, suplicando se dictara sentencia por la que, con estimación de la demanda se condenara a la parte demandada a estar y pasar por la resolución pretendida y a indemnizar a los co-actores, en los términos que se recogen en el suplico de la demanda.

Segundo: Admitida a trámite la demanda se acordó emplazar a la parte demandada para que en forma y plazo, si a su derecho convenía y bajo el apercibimiento legal de ser declarado en rebeldía se personara en forma contestando la demanda.

Tercero: Practicado el emplazamiento acordado en forma y plazo Barclays Bank SA presentó escrito de contestación oponiéndose a la demanda suplicando su total desestimación.

Cuarto: Tras tener por contestada la demanda se señaló audiencia previa y se citó a las partes poniendo en su conocimientos las consecuencias de sus diversas actuaciones a nivel procesal.

Quinto: El día y a la hora señalada al acto de audiencia previa, ambas partes comparecieron válidamente.

Abierto el acto y ante la imposibilidad de alcanzar acuerdo alguno, cada parte se ratificó en su escrito de demanda y contestación fijando hechos admitidos y controvertidos y recibido el pleito a prueba cada parte propuso los medios de que intentaba valerse.

Sobre la prueba propuesta recayó pronunciamiento de admisibilidad y pertinencia y se acordó lo necesario para su práctica y día para el juicio.

Sexto: El día señalado para la celebración del juicio, se practicaron las pruebas admitidas y seguidamente las partes evacuaron por su orden, el trámite de conclusiones quedando sin más trámites los autos sobre la mesa para dictar sentencia.

Séptimo: Se han observado las reglas del procedimiento aplicables.

A los anteriores hechos resultan de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: D José Luis Rodríguez Pereira, Procurador de los Tribunales en nombre y representación propio y de su esposa D^a M^a Isabel García Muñoz promueve, bajo la dirección Letrada del Sr. Pérez Serrano demanda de juicio ordinario en reclamación de cantidad contra Barclays Bank S.A. alegando que asesorados por la entidad demandada contrataron la compra de un Bono 00% participación sobre Eurotox 50 capital garantizado denominación en euros por 100.000€ imputando a Barclays en "tal adquisición y ulterior desarrollo tantas irregularidades e incumplimientos que por los F Jurídicos que se dirán, obligan a la parte a pedir su resolución adjuntando como documento nº 1 la orden de compra.

Afirma la existencia de asesoramiento por Barclays para la adquisición del Bono por el actor, afirmando igualmente la existencia de gestión asesorada planteando la posibilidad de existencia de gestión.

Imputa al Banco obligación de dar prioridad al interés del cliente e informarle adecuadamente y afirma que el Bono adquirido no estaba garantizado por Barclays sino por Lehman Brothers Holding quebrada.

En el hecho 1º describe el Bono adquirido con "el asesoramiento y recomendación de quien funcionaba como gestor patrimonial dentro de la Banca Privada de Barclays, Mónica"

En el hecho 2º argumenta sobre el por qué los actores acudieron a la Banca de la que son clientes hace más de 23 años y necesitando mayor profesionalidad acudieron a Banca Privada Barclays Premier

Sostiene en el hecho 3º "anomalías y defectos en la c-v del producto y su seguimiento.

No hubo folleto publicitario

En el contenido del contrato de c-v se carece de la firma del cotitular, no identifica al emisor, no identifica al garante, carece de fecha, no recoge código ISIN, no recoge cláusula de advertencia de los riesgos de la inversión, es garantizado al 100%, no contiene los caracteres del art 14.2 del Dcto 629/1993 de 3 de Mayo.

El "documento de términos y condiciones" se entregó al actor el 25 de octubre de 2008 y recoge disfunción de fechas

Se contienen alegaciones sobre la documentación contractual que, según se afirma, "no se ha entregado al inversor"

Imputa a la demandada incumplimiento de sus obligaciones en relación con el deber de información dentro de los cuales hace referencia expresa a falta de advertencia del incremento de los riesgos de mercado, la información de los extractos bancarios es defectuosa y engañosa y ello por cuanto no aparece el valor real de la inversión y porque según documento 4 a 27 se ha modificado el formatote los extractos en un "evidente y llamativo sentido que no hace sino reflejar una clara y patente asunción de responsabilidad por el Banco que ha modificado una errónea forma de proceder"

No existe examen de idoneidad o conveniencia

La parte actora sostiene que existe un verdadero asesoramiento por parte del banco y no un simple contrato de depósito y Administración de Valores y dicho asesoramiento no existió ni a la hora de contratar, no con carácter previo a la misma, ni una vez adquirido el producto financiero concurriendo culpa in contrayendo e in vigilando ya que la entidad demandada no ha tratado como propios los intereses del actor.

El hecho 10º lleva a cabo una recapitulación de los incumplimientos y alude a la adquisición de otro Bono con los datos que recoge respecto del cual también insta la resolución.

Insta, por el incumplimiento, la resolución contractual y suplica se dicte sentencia por la que habiendo lugar a dicha resolución se condene a las partes a la devolución de las prestaciones realizadas, que consistirán en el abono por parte del Banco a los actores de la cantidad de 125355,10€ de los intereses legales de las cantidades de las inversiones desde el momento en que las cifras correspondientes fueron entregadas al Banco demandado así como en la puesta a disposición del Banco por parte de los actores, lo que hace desde este momento de manera solemne de la titularidad de la propiedad de los productos financieros que adquirieron con cargo a las 2 órdenes de compra de los Bonos referidos, así como al abono de los intereses legales correspondientes al cupón del Bono Autocancelable desde la fecha en que el Banco demandado hizo entrega de dicha cantidad a los actores y que deberán ser fijados en ejecución de sentencia y todo ello con expresa condena en costas al demandado.

Se omite toda referencia a la petición subsidiaria por haber renunciado a la misma en el acto del juicio, en la Fase de Conclusiones.

D María Pardillo Landeta, Procurador de los Tribunales en nombre y representación de Barclays Bank SA presentó escrito de contestación a la demanda oponiéndose.

En el primer hecho de la contestación pone de manifiesto que D Mónica González no es asesor sino gestora de patrimonios y lleva a cabo la distinción entre ambas funciones sosteniendo que no hubo asesoramiento sino ejecución de órdenes y comercialización de un determinado producto de inversión”

En el hecho 2º desarrolla la parte un aspecto comparativo en materia de publicidad de distintas entidades bancarias sin mayor trascendencia habida cuenta que a este juzgador, lo único que le importa, es lo relativo a la entidad demandada añadiendo un examen del “nada desdeñable patrimonio de los actores” que al igual que lo anterior ninguna luz arroja a la controversia e imputa al actor una importante experiencia en el ámbito mercantil

En cuanto a la comercialización del Bono y de la documentación informativa que se entregó sostiene la parte demandada que resulta inveraz que no se le entregara a los actores el folleto publicitario del Bono, entregado y explicado pormenorizadamente (documento nº 14)

Admite la existencia de la orden de compra que la gestora del patrimonio gestiona y pone de manifiesto que en la misma no es preciso que conste ni el nombre del emisor ni el Código ISIN

En los términos y condiciones finales del producto, se plasman los datos que los soporte de la inversión y resto de características esenciales, y las disfunciones de fechas lo explica justificando que sea posterior por tratarse de un borrador que está en poder de los empleados del Banco para explicar la inversión.

Recuerda que Barclays comercializó el Bono y que no tiene ninguna otra función

No existe contrato de asesoramiento ni gestión discrecional de carteras, Barclays sólo cumplió la orden de los actores y comercializó, de hecho, los actores no pagan nada a la entidad por dicho servicio técnico que sostiene que se les prestó.

Barclays no ha incurrido en incumplimiento contractual por lo que no puede haber lugar a la resolución del contrato de c-v y devolución de las cantidades que se cargaron a su cuenta en concepto de comisiones como consecuencia de la compra de los bonos porque no hubo contrato entre Barclays y los actores al estar ligados por la sola comercialización.

Tras sostener la invalidez de la prueba del CD grabado y que la labor del Banco se agota en el momento en que el cliente compra el Bono, el hecho de que el propio Banco adquiriera activos de Lehman lo único que demuestra es que el Banco trata a los clientes como propios y confiando en la solvencias de sus activos compra para sí y comercializa para sus clientes.

Por último también contesta la recapitulación que de adverso se lleva a cabo en la demanda.

Segundo: Expuesto así en el precedente fundamento, el sentir de las partes en su demanda y contestación, es necesario, para comenzar a dilucidar la controversia traída a conocimiento del juzgador, pasar a examinar la relación que ligar a los actores con la Banca Privada Premier o servicio personalizado a determinados clientes de entidades Bancarias.

En la demanda y en la contestación se ha hablado de asesor personal, gestor de la cartera de valores o gestor de patrimonios cada uno con connotaciones diferentes como el letrado de la parte demandada en su contestación ha puntualizado.

No hago mención al documento nº 2 de la demanda por estar en inglés, sí hago referencia al documento nº 1 de la contestación Banca Privada Bankinter: Servicios Patrimoniales. En el mismo se recoge que la filosofía y forma de hacer se basan en "el asesoramiento integral, poniendo a su disposición un equipo de Servicios Patrimoniales que atenderá junto a su Gestor Personal las diferentes necesidades que a lo largo de su vida pueda exigir su patrimonio.

Dentro de las modalidades de asesoramiento está la del Gestor Personal que según reza es "altamente cualificado en mercados, productos de inversión financiación y fiscalidad ...desarrolla una estrategia y propuesta de inversión adaptada a las necesidades, objetivos concretos y situación patrimonial y mantiene reuniones periódicas e informa de novedades.

Al lado de este "nosotros le asesoramos" está el servicio "delegue en nosotros" para la gestión total del Patrimonio y "gestione usted mismo"

La testifical practicada a D Mónica González Martín evidencia que trabaja como comercial desde el año 06 para la entidad demandada y que el Banco pone servicio y asesoramiento en materia de inversiones siempre que tal servicio se contrate, pero que este no era el servicio contratado por los actores aunque admite una relación de confianza con el actor manteniendo en todo momento que "sólo asesora a los clientes y presenta productos y es el cliente el que decide qué hacer" admitiendo incluso que el Bono Eurostoxx 50 le ofrecía muchas garantías.

Ahora bien, si como admite la propia parte demandada en su escrito de contestación Dª Mónica presta un servicio de Gestión Patrimonial y está de acuerdo con la transcripción y traducción de la publicidad que la parte actora evacua en su escrito de demanda, no podemos olvidar la constante referencia a "asesor de patrimonios" denominado en inglés "Wealth Management Advisor" que literalmente se traduce como Asesor (advisor) dirección, administración, gestión (management), riqueza (wealth). Y si bien es cierto que el "asesor" a juicio del juzgador no puede tener la condición de "responsable de la inversión como si de un arrendamiento de obra se tratara" por cuanto el mercado financiero no permite asumir, salvo pacto expreso, esta figura con las consecuencias que ello supone, no es menos cierto que no podemos hablar, como pretende el demandado, de una mera figura de comercialización o de mera gestión cumpliendo la orden del cliente, máxime si tenemos en cuenta que dicho cliente, hoy actor, antes de hablar con el asesor, no sabía o por lo menos no se ha acreditado que conociera, la existencia de dicho Bono como posible inversión, esto es, el cliente no ha quedado acreditado que fuera a la entidad demandada y dijera "Compra un Bono X" sí,

por el contrario, ha quedado acreditado, que tras una de las muchas reuniones con su "asesor Personal" decidiera su compra, y ahí radica la diferencia que impide tomar al personal del Banco como mero comercializador.

Que el perito de parte en su informe defienda la tesis del mero comercializador no resulta vinculante para el juzgador.

Es en este sentido en el que a juicio del juzgador ha de tomarse la diferenciación de conceptos que la CNMV recoge en el documento nº 28 de la demanda, si bien es cierto que denomina "asesor" a quien tanto a iniciativa de la entidad o del inversor recomienda personalmente, considerando los conocimientos y experiencia del inversor, su objetivo de inversión y situación financiera, teniendo en cuenta factores como rentabilidad esperada y costes de la inversión suponiendo un claro valor añadido para el inversor frente a la comercialización o colocación de productos financieros, también recoge que "las recomendaciones personalizadas para la adquisición de determinado producto financiero sin ajustarse al marco legal previsto para la relaciones de asesoramiento pueden constituir una práctica frecuente en la relación con la clientela a través de la amplia red de oficinas de que disponen las entidades financieras de ahí la necesidad de reforzar: documentación, procedimientos internos, e información. Esto es, si el Banco presta un servicio personalizado a sus clientes aún cuando técnicamente no pueda quedar subsumido en la figura de Asesor en el concepto desgranado por la CNMV, no podemos olvidar que con inferior profesionalidad presta un servicio y debe responder de las consecuencias de su incorrección, en su caso, claro está.

El Juzgado de 1ª Instancia nº 87 al examinar una cuestión análoga a la presente (análoga no idéntica) ha omitido pronunciarse sobre si estamos en presencia de un supuesto de asesoramiento o simple comercialización y afirma que existe una obligación esencial, exigible y permanente, durante toda la relación entre la entidad financiera y el cliente, cual es la obligación de transparencia y diligencia, escenografiada en una conducta de información, atención, cuidado y calidad con el usuario del producto financiero o bancario y una obligación más legalmente consignada de forma específica en toda la normativa del mercado de valores relativa a normas de conducta, que obliga a la entidad financiera a asegurarse que el cliente comprende el producto que se le ofrece y estas afirmaciones son plenamente aplicables al supuesto de autos, si bien el juzgador sí califica la relación que liga a las partes y la subsume en la figura de asesoramiento con las limitaciones expuestas, esto es más que mero gestor comercializador y menos que responsable íntegro de la inversión cuya denominación no me atrevo a realizar.

Tercero: Ligadas las partes por esta relación que excede de la mera comercialización, y sí puede englobarse dentro del término "asesor como ofertador y consejero sin perjuicio de que decisión de invertir o no dependa del cliente", debemos examinar a continuación si los actores efectivamente conocían qué tipo de inversión hacían para luego adentrarnos en la existencia o no de incumplimientos en relación a la inversión en sí.

A) ¿Los actores conocían la inversión? ¿Conocían su alcance, sabían qué adquirirían?

Dejamos al margen la pretendida y no acreditada cualificación "financiera del actor", e igualmente, por improcedente, la titularidad inmobiliaria que posee y nos adentrarnos en lo que ha quedado acreditado en relación al tipo de inversiones seguidas por el mismo.

Según manifestó el actor al ser interrogado en calidad de parte, llevaba siendo cliente del Banco hace 23 años y nunca había comprado un Bono estructurado, siempre

había invertido en renta fija o en fondos de renta fija y variable sin riesgo. Que con la adquisición del Bono estructurado no pretendía doblar la inversión.

El examen del documento "distribución de la inversión" (forma parte del documento nº 46) permite afirmar que el actor tiene su capital invertido en septiembre de 2008 en garantizados un 26,70%, renta fija un 26,12% y en variable un 7,61% en España, 3,92% en Europa y 13,13% en otros. No podemos tachar de "inversiones de alto riesgo" la división o distribución de su patrimonio. Menos de una cuarta parte asume "riesgo" en renta variable que sólo implica variabilidad, no inversión aventurada y peligrosa que equivale a "cuanto mayor es el riesgo mayor es del beneficio que se obtiene con la inversión" (vaya por delante que estas afirmaciones son las que se hacen a pie de calle, el juzgador no está cualificado para corroborar su veracidad, dejando a los expertos financieros esta labor y sabiendo también el juzgador que estas aseveraciones no resisten un mínimo de comprobación técnica, si bien se remite al resultado de la testifical practicada a D Mónica que vino a afirmar este hecho "mayor riesgo, mayor beneficio").

Al lado del resultado del interrogatorio practicado al actor nos encontramos con la testifical practicada a D Mónica G. que afirma que el actor (me refiero siempre al mismo en singular por la afirmación que Dª Isabel García hizo en el acto del juicio de que todo lo llevaba su marido) es un inversor experimentado, que asumía inversiones de alto riesgo y que tomaba sus propias decisiones.

El informe pericial acompañado con la contestación a la demanda y ratificado en el acto del juicio afirma que los instrumentos emitidos por Lehman y comercializados por Barclays era fáciles de entender, fáciles de entender siempre que se acredite que han sido explicados, documentados, y el cliente los ha entendido y hecha "su valoración personal" para tomar decisión fundada, que es precisamente el extremo más controvertido del presente pleito.

B) En relación al Bono 100% participación sobre Eurostoxx 50 capital garantizado denominación en euros y en cuanto a si fue o no debidamente informado del producto nos encontramos con dos versiones radicalmente contradictorias, según manifestó el actor en el acto del juicio y sostuvo el letrado redactor en su demanda, al actor no se le explicó en relación al producto que estaba garantizado por entidad distinta del Banco, ni se le hizo entrega del folleto publicitario obligatorio habiendo incurrido la entidad demandada en numerosas irregularidades que han afectado a la decisión tomada por los actores en relación a la inversión, argumentos éstos que no se han aceptado en absoluto por la entidad demandada que en todo momento ha sostenido que D Mónica G cumplió sus obligaciones perfectamente habiendo sido hecha la entrega del folleto.

Acudimos para solventar este extremo a la Recapitulación de incumplimientos que el actor imputa al Banco en el hecho 10 de su demanda y contestación de adverso.

-en la orden de compra sólo figura la firma del Sr. Rodríguez Pereira y faltan los datos esenciales: no está recogido el emisor del Bono, no aparece el garante, no hay fecha, no aparece el Código Isin, no se recoge ninguna cláusula de advertencia de los riesgos de la inversión.

En el hecho tercero de la contestación se afirma que resulta inveraz que no se le entregara al actor el folleto publicitario afirmando que se le entregó y se le explicó pormenorizadamente y, en cuanto al contenido en sí de la orden de compra, niega que sea preceptivo que figure el Isin, exigiendo únicamente que figure de forma clara el producto que se adquiere.

El documento nº 1 de la demanda recoge la comunicación del cliente a Barclays en virtud de la cual el Sr Rodríguez Pereira ruega la suscripción con cargo a la cuenta de un bono x 100 euroxx50 5 años capital garantizado. Importe 100.000€ a vencimiento.

Efectivamente sólo tiene firma del Sr. Rodríguez Pereita pero él mismo en su demanda, "previo y resumen", alude a la contratación por él en nombre propio y en el de su esposa. No entiendo como lo aceptado de forma voluntaria por el actor se opone ahora como incumplimiento imputable a la entidad demandada.

En cuanto a los datos esenciales del contrato de c-v yerra el actor al considerarlo una c-v, el Banco en este punto actúa como mero intermediario en el mercado y suscribe en nombre de su cliente el producto para él porque el cliente por sí no puede hacerlo, pero no existe c-v del cliente al Banco y del Banco al bono.

En cuanto al contenido de la orden de compra en sí se ha acompañado como documento nº 14 de la contestación el folleto publicitario o argumentario comercial y frente a la negativa del actor que afirmó en su demanda que se le hizo entrega el 25 de octubre de 2008, se alzó la voz de la gestora sosteniendo que se le había entregado.

La orden de compra carece de fecha, pero sí recoge el producto y el inversor cuando suscribe por 100.000€ un producto debe ser consciente de lo que suscribe y asumir su propia responsabilidad de no "haber sido informado", no obstante lo cual da orden de suscripción. Es diligencia exigible a todo contratante la relativa a la lectura de los documentos contractuales que suscribe y la de adecuada comprensión de aquello que se somete a su decisión mediante la formulación de cuantas preguntas sean necesarias para la adecuada formación de su juicio decisor. La diligencia de un buen padre de familia así lo exige por lo que no pueden aprobarse, de forma genérica las conductas omisivas de tal deber de prevención.

Ahora bien, como recuerda la STS de 22 de diciembre de 2009...la diligencia exigible a un consumidor es la de un buen padre de familia la diligencia exigible a un profesional es la específica de un ordenado comerciante y un representante leal y lo que no podemos olvidar en el supuesto que examinamos es que los actores actuaron en la confianza del asesor/comercial del Banco, que, actuando dicha entidad de buena fe (otro extremo no ha quedado acreditado) no valoraron adecuadamente el riesgo, ni, parece ser, informaron adecuadamente al cliente.

-la información relativa al garante del bono era incluso desconocida por la gestora de patrimonios que asesoró al actor en la adquisición y que no sabía que no era el propio Barclays quien lo garantizaba.

Este extremo fue negado no solo por el Banco en su contestación sino por el asesor personalizado que se encargaba de la gestión del actor que en el acto del juicio manifestó que el Banco no puede ser garante de este producto ni su emisor y el documento 14 sí recoge como garante al emisor.

-en el momento de la firma de la "orden de compra" no le fue entregada la preceptiva documentación y no se le entregó folleto alguno.

Ya hemos aludido a este extremo, negada la entrega por el actor, que la difiere a un momento posterior, el Banco sostiene que no es necesario hacer entrega de ese folleto ni de otra documentación porque no es preceptiva.

Como documento nº 3 de la demanda se han acompañado dos misivas del Banco al actor de 2 de octubre y 15 de octubre de 2008.

En las mismas se comunica la situación de moratoria en el cumplimiento de las obligaciones de Lehman y el cauce a seguir, pero para nada se hace referencia a que se adjunta la documentación del Bono que está fechada el 12 de febrero de 2007 de "términos y condiciones finales" ni que se entrega el primer y segundo aviso a acreedores.

Antes de entrar en el examen de la carga de probar que el art 217 LEC impone en relación con la afirmada entrega de documentación, negada por el actor, hacemos

referencia al Capítulo III del Real Dcto 629/1993 de 3 de mayo: art 4: **Contenido de las órdenes sobre valores.**

1. Las órdenes de los clientes deberán ser claras y precisas en su alcance y sentido, de forma que tanto el ordenante como el receptor conozcan con exactitud sus efectos.

2. Toda orden sobre valores deberá tener el contenido mínimo que el Ministro de Economía y Hacienda determine teniendo en cuenta los reglamentos de cada mercado y la operación y los valores de que se trate.

El art 14 aludido por el actor dentro de los incumplimientos en cuanto al contenido del contrato determina la obligación de que los contratos tipo recojan las características esenciales de los mismos ajustadas a la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios, pero el art 15 recoge los supuestos en que se ha de entregar documentación contractual: a) En las operaciones en las que exista contrato-tipo, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior.

b) En aquellas operaciones que por su carácter singular no hayan sido incluidas en los folletos de tarifas y normas de valoración y disposición de fondos y valores. En estos casos, el documento contractual deberá contener las tarifas y normas de valoración y disposición que vayan a aplicarse a estas operaciones.

c) En las operaciones que en desarrollo del presente artículo establezca el Ministro de Economía y Hacienda.

d) Siempre que lo solicite el cliente.

No parece el demandado haber conculcado los requisitos de las órdenes de valores a la luz de lo examinado, pero no podemos afirmar lo mismo en cuanto a la documentación que ha de ser entregada. El art 15 del Real Dcto citado señala : "2. Las entidades retendrán y conservarán copia firmada por el cliente de los documentos contractuales. También conservarán el recibí del cliente a la copia del documento que le haya sido entregada.

Hubiera sido muy fácil para la entidad Bancaria no sólo afirmar la entrega sino acreditarla, pues aún en el margen de una relación de confianza se deben guardar determinados comportamientos, pero el Banco que afirma la entrega, debe probarla según el art 217 LEC cuando es negada por el cliente y en este punto nada ha quedado acreditado.

-los términos y condiciones finales son de fecha posterior a la fecha de la firma de la operación e incluso posterior a la fecha de inicio de la misma, argumento defendido por el Banco en el sentido de hacer uso de un borrador para ofertar el producto.

Defiende el actor que la orden de compra fue firmada el 5 de febrero de 2007 (documento nº 4 de la demanda) y la fecha de inicio de la operación es el 9 de febrero de 2007 y sostiene que no se puede fijar unos términos y condiciones en fecha posterior a la firma de la orden ni en fecha posterior al comienzo de la operación pues se analiza un documento descriptivo de las características técnicas del producto.

El Banco sostiene que el term-sheet indicativo y provisional que sirvió a los empleados del Banco es idéntico al contenido finalmente registrado por lo que no puede ser válido el argumento de que no podía haber sido analizada para la explicación del producto.

-tampoco se entregó la preceptiva documentación contractual.

Ya ha quedado analizado.

-existe un verdadero y auténtico contrato de gestión de valores y no un mero contrato de depósito y Administración de cuenta de Valores

También este extremo ha quedado examinado en el segundo fundamento de la presente resolución. La relación que liga a la parte actora con el Banco no es la de un

mero depositario/administrador de la cuenta de valores sino que asume un plus en la gestión de la riqueza, aconsejando productos a sus clientes, que efectivamente y en última instancia, deciden adquirir o no y sin que ello suponga una asunción de responsabilidad en su resultado.

-el Banco incumplió su deber de informar tanto en la firma de la orden de compra como en su obligación posterior de seguimiento del Bono.

Se ha de destacar que la especial complejidad del sector financiero dotan al mismo de peculiaridades propias y distintas respecto de otros sectores, de ahí que el TS en sentencia de 22 de diciembre de 2009 hable de la necesidad de dotar al consumidor de la adecuada protección tanto en la fase precontractual, mediante mecanismos de garantía de transparencia de mercado y de adecuada información al consumidor pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación, como en la fase contractual a fin de conseguir que la relación guarde un adecuado equilibrio de prestaciones y arbitrando para la fase postcontractual los adecuados mecanismos de reclamación.

La Ley de Mercado de Valores y el Código General de Conducta de los Mercados de Valores en la cuestión relativa a información consideran que las entidades deben ofrecer y suministrar a sus clientes toda la información relevante para la adopción por ellos de las decisiones de inversión, dedicando el tiempo y la atención adecuada para encontrar productos y servicios más apropiados a sus objetivos. Así lo dispone el art 79 de la LMV y el art 5.3 del Código de Conducta que habla de información clara, precisa, suficiente con especial hincapié en los riesgos que cada operación conlleva.

-no se informó a los actores del incremento de los riesgos del mercado.

El documento nº 28 acompañado con la demanda, al que nos hemos referido entiende que entre la documentación resulta apropiado incluir un apartado que recoja de forma comprensible los riesgos que afectan al producto

De adverso y en cuestión de riesgo se hace referencia al rating del producto y la calificación del mismo por las Agencias que en modo alguno lo consideran negativo no siendo un dato que se conociera la posible quiebra de la entidad emisora por lo que difícilmente se puede informar de un riesgo que no se contempla, aunque puede pasar (de hecho pasó) (Documento 16, 17 y 18 de la contestación)

-mala fe y falta de diligencia del Banco demandado

Es genérico.

-reconocimiento de culpa de Barclays al cambiar el formato de sus extractos y la información suministrada a los ahora demandantes.

Se imputa por el actor a la entidad demandada un engañoso proceder en la remisión de los extractos, no aparecía el valor real de la inversión sino sólo su valor nominal sin considerar sus oscilaciones de valor y así la parte actora nunca pudo ser consciente del deterioro de su inversión, cuando el Banco en la actualidad ha modificado este proceder y constata no nominal.

El Banco sostuvo en su contestación que corresponde al cliente verificar tal circunstancia pues el Banco se limita a comercializar y ejecutar orden de compra no a asesorar.

Tal y como recoge la sentencia de 2 de marzo de 2010 de un compañero de 1ª Instancia de Madrid (Juzgado nº 87): "Nos encontramos ante productos complejos más o menos difíciles de entender...productos de difícil seguimiento de su rentabilidad. El hecho de descansar sobre varios subyacentes y la necesidad de aplicar ciertas fórmulas a la valoración de los mismos, así parece confirmarlo."

Si esto es así no se puede imponer al cliente una verificación de rentabilidad de un producto difícil de "seguir".

-incumplimiento por parte de Barclays de su obligación de dar prioridad absoluta a su cliente.

El art 79 de la Ley 24/1998 de 28 de julio de Mercado de Valores impone a las entidades de crédito que actúen en el Mercado de Valores atenerse a los principios de comportamiento diligente y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado, desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses de los clientes como si fueran propios y asegurarse de mantener a los clientes siempre adecuadamente informados, y es en el extremo relativo a la información donde hace aguas la tesis sostenida por la entidad Bancaria

-incumplimiento de la obligación de efectuar el correspondiente examen de idoneidad a los actores.

Alegado su incumplimiento, no parece que se exigiera a la fecha de formalizarse la operación

-incumplimiento por parte del Banco demandado de tratar como propios los intereses de sus clientes

Se defiende la entidad demandada de esta imputación sosteniendo que "Barclays ha tratado como propios los intereses de sus clientes hasta el punto de haber invertido en los mismos productos que éstos. Y añade "¿qué más diligencia se puede pedir al Banco que aquella con la que dirige sus propias actuaciones? El banco confiaba plenamente en la solvencia de los activos que compraba para sí y comercializaba a sus clientes.

Es cierto que las normas de actuación en el mercado de valores (Código de Conducta 1993 629 de 3 de mayo) obliga a las entidades a informar a sus clientes con celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones y la información de la inversión se realizó con posterioridad a la quiebra, a saber y según ha manifestado la parte actora el 25 de octubre de 2008, puede por tanto entenderse quebrado este principio de actuación básico.

-incurriencia del Banco en un evidente conflicto de intereses con los actores.

En este punto las normas de actuación en los mercados de valores obliga a manifestar al cliente las vinculaciones económicas o de cualquier otro tipo que existan entre la entidad y otras entidades que puedan actuar como contrapartida, pero de la prueba practicada el juzgador no ha obtenido el convencimiento necesario para apreciar este incumplimiento.

La parte demandada en su contestación sostiene que

-tanto en el folleto informativo como en la presentación comercial, órdenes de compra y condiciones y términos esenciales indicaban que el producto era un estructurado o derivado.

Reiteramos en este punto lo ya expuesto sobre la entrega de documentación y su prueba

-al comercializar los Bonos eran productos rentables y seguros, extremo éste que nadie ha cuestionado a tenor de los rating y la propia manifestación de la gestora/asesora personal de los actores

-de conformidad con la normativa vigente al tiempo de la venta la orden de valor era clara sin que existiera obligación de entrega de ningún otro tipo de documentación que, por otro lado, se entregó.

Esta afirmación ya ha sido examinada y valorada

-no se puede olvidar el deber de diligencia exigible al cliente pues la documentación esta en la CNMV.

-los actores atesoran un importante patrimonio y cuentan con una dilatada experiencia inversora, cultura financiera y edad más que suficiente para la comprensión

de los productos que contrataron. Los actores asumieron, libre y voluntariamente una posible insolvencia del emisor.

Atesorar un importante patrimonio no equivale a ser un experimentado inversor, máxime si tomamos en consideración las especiales circunstancias que han rodeado la insolvencia de Lehman Brother (me remito a las referencias de prensa contenidas en el informe pericial de parte y a otras muchas que se obtienen en internet).

Cuarto: Las mismas cuestiones que hemos planteado en relación al Bono 100 por 100 Eurostoxx 50 las aplica la parte actora al Bono Autocancelable TEF REP IBE (cupón 20%) capital No garantizado denominación Euros que según documento nº 45 de la demanda, carece de fecha, también bono estructurado respecto del que se desconoce fecha de emisión y vencimiento, sin garantía de capital de 30.000€ respecto del cual los términos y condiciones tampoco se entregaron, ni se les ha proporcionado la documentación y los extractos bancarios incurren en los defectos ya analizados.

También en este punto hemos de reproducir las argumentaciones vertidas en relación al Bono garantizado anterior.

Quinto: Lo expuesto lleva al juzgador a afirmar que la entidad demandada en materia relativa a información y documentación, ha incumplido las obligaciones que el servicio prestado a sus clientes, más allá de la mera comercialización, le impone, y este incumplimiento es relevante para respetar el justo equilibrio que debe existir en una relación como la que examinamos donde la confianza es un elemento básico, pues como regla general el consumidor tiende a seguir las indicaciones de la persona del Banco que normalmente le atiende de forma individualizada y en esa "confianza" de no mediar información clara, veraz, precisa, completa y documentada, la voluntad del cliente para dar la orden relativa al producto puede no estar correctamente tomada por dicha falta de información o información incompleta o no haber puesto de manifiesto los riesgos de la inversión.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en sentencia de 4 de junio de 2009 Caso Pannon establece que el sistema de protección al consumidor según las Directivas LCEur 1993 1071 se basa en la idea de que el consumidor se encuentra en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información y si bien es cierto que es referida a cláusulas abusivas en contratos se puede entender aplicable y extenderse a un supuesto como el presente.

Sexto: Ahora bien, ejercitada por la actora según se contiene en el suplico de su demanda una acción resolutoria del contrato de adquisición, léase "orden de suscripción en base a un asesoramiento en seno de ese contrato de prestación del servicio que ha incurrido en incumplimientos esencial y que ha amparado la adquisición de los dos Bonos Estructurados que estamos examinando y dentro de la esfera de la responsabilidad contractual en la que nos movemos, imputado a la parte demandada incumplimiento esencial de sus obligaciones y acreditado (tal y como hemos expuesto) este extremo, debe entrar en juego la facultad resolutoria contemplada en el art 1124 del Código Civil en virtud del cual cada parte deberá restituirse recíprocamente lo que hubieren percibido.

Reclama la parte actora 100.000€ y 30.000 menos del cupón del 20% abonado más gastos de administración y los intereses legales desde que dichas cantidades fueron puestas a disposición del Banco. Como contrapartida ofrecen formalmente la titularidad de ambos productos financieros más el abono del interés correspondiente al importe del cupón desde la fecha de abono y ello en aplicación del art 1303 del Código Civil y sentencia de 3 de noviembre de 1988 en la que se establece que la obligación de devolución es la del valor de la cosa al tiempo de la obligación y no al de la devolución.

La pretensión expuesta, estimada la demanda debe ser atendida y en cuanto a los intereses a falta de pacto en contrario, resultará de aplicación el interés legal.

Téngase en cuenta la aplicación del art 576 LEC.

Séptimo: La estimación de la demanda conlleva imposición de costas a la parte demandada en aplicación del art 394 LEC dado que la demanda ha sido estimada.

Vistos los precedentes fundamentos y preceptos legales en ellos contenidos y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que estimando la demanda promovida por el Procurador D José Luis Rodríguez Pereita en su propio nombre y en el de su esposa D^a M^a Isabel García Muñoz contra Barclays Bank S.A. representada por el Procurador D María Pardillo Landeta, debo declarar y declaro resuelta la orden de suscripción que dio lugar a la adquisición de los dos Bonos a que nos hemos referidos, Bono 100% Participación sobre Eurostoxx 50 capital garantizado denominado en euros y Bono Autocancelable TEF, REP, IBE (Cupón 20%) Capital no garantizado denominación en euros, por incumplimiento de la parte demandada de sus obligaciones, condenando a la demandada a estar y pasar por esta resolución que conlleva la obligación de que las partes se restituyan recíprocamente lo que hubieren percibido, a saber:

- la parte demandada deberá satisfacer al actor la cantidad de 125355,10€ a que asciende el importe del principal reclamado incluidos gastos de administración con sus intereses legales desde que dicha sumas se pusieron a disposición del Banco, a saber, salvo error u omisión el 5 de febrero de 2007 el Bono Eurostoxx 50 por importe de 100.000€ y 26 de junio de 2008 el Bono Autocancelable por importe de 30000€

y

- la parte actora deberá entregar a la entidad demandada la titularidad de los dos Bonos con más el interés de la cantidad de 6000€ percibidas por el cupón 20% del Bono Autocancelabe desde que se hizo entrega de dicho importe a la parte actora.

Las costas procesales causadas se imponen a la parte demandada.

Líbrense y únase certificación literal de la presente resolución a las actuaciones y archívese el original en el legajo existente en Secretaría.

Así por esta mi sentencia, que deberá ser notificada a las partes haciendo saber que dentro de los cinco días podrán preparar ante este órgano recurso de apelación, previa consignación del importe del depósito para recurrir impuesto por LO 1/2009 de 3 de noviembre, lo pronuncio, mando y firmo.