



Roj: SAP LE 258/2013  
Id Cendoj: 24089370012013100076  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: León  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 269/2012  
Nº de Resolución: 91/2013  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: AGUSTIN PRIETO MORERA  
Tipo de Resolución: Sentencia

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**LEON**

**SENTENCIA: 00091/2013**

**ROLLO: 269/2012**

**ORDINARIO: 1304/2010**

**JUZGADO: LEON-7**

**SENTENCIA NUM. 91/2013**

**ILMOS/A SRES/A:**

**D<sup>a</sup>. ANA DEL SER LÓPEZ.- Presidenta en funciones**

**D. SONIA GONZÁLEZ PÉREZ.- Magistrada**

**D. AGUSTIN PRIETO MORERA.- Magistrado suplente.**

En León, a Cinco de Marzo de dos mil trece.

**VISTOS** en grado de apelación ante esta Sección Primera de la Audiencia Provincial de León, los Autos de Juicio Ordinario 1304/2010 procedentes del Juzgado de Primera Instancia N<sup>o</sup>. 7 de e León, a los que ha correspondido el Rollo Recurso de Apelación (LECN) 269/12, en los que aparece como parte apelante **BARCLAYS BANK SA**, representada por el Procurador D. Javier Chamorro y asistido por el Letrado D Daniel Machado y como parte apelada Anton y Evangelina representados por la Procuradora Berta Fernández Díez y asistido del letrado Luis Barrientos Fernández, sobre acción de reclamación de cantidad y subsidiaria de nulidad contractual, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. AGUSTIN PRIETO MORERA

## **I.-ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- Por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 7 de León Palma, en fecha 30 de mayo de 2011, se dictó sentencia, cuyo fallo dice: "ESTIMANDO COMO ESTIMO LA DEMANDA interpuesta por la procuradora D.BERTA FERNANDEZ DIEZ, en representación de D. Anton y de D<sup>a</sup> Evangelina con dirección del letrado D. MANUEL CASTRO GONZÁLEZ contra Barclays Bank SA., representada por el procurador D. JAVIER CHAMORRO RODRIGUEZ, con dirección del letrado D. IGNACIO TRILLO GARRIGUES, debo condenar y condeno a la demandada a abonar a la actora, la cantidad de 24.872,20 euros, mas el interés legal moratorio desde la interpelación judicial y el interés legal procesal desde la fecha de esta resolución, con imposición de las costas a la parte demandada".

**SEGUNDO**. - Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de la parte demandada, que fue admitido, y seguido el procedimiento por sus trámites, se señaló para deliberación, votación y fallo 21 de noviembre del 2012, quedando el presente recurso concluso para sentencia.

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

## II.-FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada en lo que no se opongan a los que siguen

**PRIMERO** .- Con la demanda que dio inicio a las presentes actuaciones, se interesaba por los actores que se condenase a la demandada a devolverle la cantidad de 24.872,28 #, con expresa imposición de costas, alegando a tal fin y a modo de resumen, que Don Anton recibió un propuesta de un comercial de la demandada a fin de adquirir los denominados BONO AUTOCANJEABLES BANCOS FRANCESES 8% MIN 8%, una emisión de renta fija internacional en euros de BARCLAYS BANK PLC, que parecían garantizar el capital invertido y aparentemente parecían reportar una rentabilidad anual del 8% y así se suscribió el 26 de marzo de 2007, la adquisición de un nominal de 60.000 euros, con la única información verbal y sin suscripción de contrato alguno u orden compra por la actora. Los actores fueron recibiendo mensualmente "extractos integrales" remitidos por BARCLAYS Gestión patrimonios en el que se consignaba la información y el valor de las inversiones a la fecha de emisión del extracto, que fueron siendo modificados en los que en general se siguió transmitiendo que se trataba de un producto de renta fija cuyo vencimiento se recuperaría el nominal de inversión, hasta que el 31 de enero de 2009, cuando en dichos extractos desaparece el nominal de los bonos (60.000 #) y se sustituye por el Valor de mercado (23.400 #) que fue oscilando hasta julio de 2009 en dicho valor. La entidad financiera no informó que fuera descendiendo de valor los bonos y ante la falta de información de las consecuencias sobre el producto, la única respuesta recibida por la entidad demandada fue que se trata de una "Bono Estructurado con Capital no garantizado". Llegada la fecha de vencimiento el 18 de marzo de 2010 se cifra el valor final en 24.195,48 # en los extractos remitidos sin ningún documento explicativo ni rendición de cuentas. Por todo ello considera que la demandada comercializó el producto objeto de la demanda, ocultando a la actora la verdadera naturaleza del producto de inversión suscrito y facilitándole información falsa que genera la nulidad del contrato por vicio de consentimiento y que tampoco se advirtió ni llevo a cabo ningún seguimiento ni advertencia respecto a a la evolución negativa del mismo, infringiendo la Ley del Mercado de Valores así como la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

A dicha pretensión se opuso la demandada, negando que deba ser condena a la devolución del importe que se le reclama, toda vez que se cumplió con todos los requisitos exigidos por la normativa, que la contratación de los bonos se realizó de forma libre siendo debidamente informado del producto que adquirió D. Anton , que además era un inversor experto como administrador solidario de dos mercantiles y director financiero, teniendo éste una cartera con casi el 40,86% de renta variable, además de tener otros dos bonos estructurados de similares características, habiéndole proporcionado la entidad financiera un folleto explicativo y un Borrador de los términos y condiciones de los elementos esenciales del Bono que contrató, además de proporcionarle el definitivo; considerando además que según la normativa legal no era necesaria ninguna orden expresa de compra bonos, limitándose la entidad demandada a ejecutar las ordenes sin que tuviese ninguna labor de asesoramiento en las inversiones de los actores; también considera que la información remitida por el banco no se refiere al bono contratado como garantizado, ni tampoco lo denomina como de Renta Fija ni el folleto informativo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores ni las términos y condiciones del Bono que le fue entregada a los actores; entiende además que el Servicio de Atención al cliente informó debidamente, no teniendo ninguna obligación de rendir cuentas el Banco en los extractos enviados, existiendo una aquiescencia de los actores al haber cobrado los cupones de los bonos, sin efectuar ninguna reclamación hasta mayo del 2009, sin que se pueda imputar responsabilidad alguna al banco, siendo impredecible la evolución de los mercados financieros.

La sentencia de la instancia, previa una valoración de la prueba practicada en autos, considera acreditados los hechos siguientes:

1º.- Que la relación contractual entre la actora y la entidad demandada, comprendía la adquisición de títulos de renta fija bonos autocan bancos franceses 8% min 8%, siendo el valor del capital invertido de sesenta mil euros, se realizó de forma verbal, sin que se le entregase folleto alguno sobre las características del esenciales o riesgos del producto ofertado respecto del capital invertido, no llegando los actores a suscribir un contrato u orden alguna respecto al referido producto, que se llevó a efecto sin una información clara y precisa, de los actores. La operación se efectuó con fecha 26 de marzo de 2007, por un traspaso en la cuenta del que eran titulares, los actores, por la cantidad de 61.218 euros, siendo el importe de la operación limitada a 60.000 euros. Esta operación se llevó a cabo por el actor, basada en la relación de confianza con los empleados del banco.

2º.- Este incumplimiento de la demandada, se extiende a la modificación de los extractos que se recibían por los actores, ya que la renta fija nacional e internacional e incluso en uno de ellos aparece como garantizado, desaparece la inclusión de renta fija nacional e internacional y pasa a la denominación de bonos estructurados.

A partir de fecha de 20 de febrero de 2009, se mantienen todos los conceptos variando el valor de referencia actual al euros cifrando el mismo en diferentes cantidades en cada uno de los meses (doc. 4 a 27 de la demanda), extractos remitidos a los actores. Por tanto, la demandada procedió a una modificación unilateral del producto, al denominarlos estructurados o garantizados, generando dudas y confusión sobre el destino y futuro del dinero depositado en la entidad financiera.

3º- Ante tal comportamiento de la demandada, se remitió carta a BARCLAYS, por la actora y contestó el servicio de atención al cliente de esta entidad, en el sentido de que, se trata de un bono estructurado con capital no garantizado, siendo el hecho de controversia, por cuanto el actor formalizó el producto financiero como garantizado, sin riesgo de capital.

De los anteriores hechos probados considera acreditado lo siguiente: que la relación existente entre las partes excedía de la mera comercialización, al prestar un servicio personalizado al actor, aún cuando no quede integrado en la figura del asesor, teniendo en todo caso una obligación de transparencia y diligencia de conducta de información, atención, cuidado y calidad con el usuario del producto financiero o bancario y una obligación consignada de forma específica en toda la normativa del mercado de valores relativa a la conducta que obliga a la entidad financiera a asegurarse que el cliente comprende el producto que se le ofrece. Incumpliendo la entidad financiera la obligación de documentar la operación de riesgo que iba a realizar al no garantizar el capital, lo que conlleva una información completa y documentada, que en éste caso, no cumplió, al no existir ni una orden de compra firmada por los actores. Junto a ello incumplió la orden sobre el seguimiento posterior del bono que se modificó de forma unilateral por la entidad demandada y no se informó de forma detallada del riesgo de las inversiones, pues se trata de un producto complejo y difícil de seguimiento, no pudiéndose imponer al cliente una verificación de rentabilidad de ese producto.

Ello implica que se trata de un incumplimiento esencial y relevante, donde el cliente suele seguir las indicaciones de la persona del Banco que normalmente le atiende de forma individualizada, donde la confianza es un elemento básico y esa confianza de no mediar una información veraz, completa y documentada, poniendo de manifiesto los riesgos de inversión incide directamente en la voluntad del cliente a la hora de tomar la decisión, por falta de información, información incompleta o por no haber puesto de manifiesto expresamente los riesgos de la inversión.

En base a los anteriores hechos probados de incumplimiento esencial de las obligaciones aplica la facultad resolutoria del artículo 1124 del CC, debiendo cada parte restituirse recíprocamente los que hubiera recibido en virtud del contrato de adquisición de bonos suscrito entre las partes en fecha 26 de marzo de 2007 y, en consecuencia, condena a la entidad bancaria demandada a devolver a la actora la cantidad de 24.872,28 euros, sus intereses legales moratorios desde la interpelación judicial y el interés legal procesal desde la fecha de la resolución y al pago de las costas, argumentando, en síntesis, que el consentimiento que los actores prestaron en el momento de la adquisición de los bonos estaba viciado por error sustancial inexcusable por falta de información precisa para conocer los exactos términos de los mismos que no le fue facilitada por la entidad bancaria legalmente obligada a ello, infringiéndose los principios de claridad y transparencia documental que inspiran las buenas prácticas bancarias.

Dicha resolución constituye el objeto del presente recurso, extenso y prolijo, que no obliga a realizar una repaso de la totalidad del juicio, al haber sido apelada por la entidad demandada alegando en síntesis los siguientes motivos de impugnación: 1) La Sentencia declara indebidamente la resolución contractual del negocio de adquisición del bono ( artículo 1.124 del CC ) porque el contrato está agotado al momento de ejercitarse la acción. La sentencia es contraria a la doctrina reiterada del Tribunal Supremo. 2) La sentencia incurre en un manifiesto error en la valoración de la prueba. 3) La sentencia incurre en una incorrecta aplicación de la regla de la carga de la prueba. 4) no existe ningún incumplimiento del Banco en el seguimiento de la inversión. 5) la asunción de riesgos de inversión por los apelados. De la imposibilidad de prever, entonces la caída de mercados financieros, que dio lugar a la pérdida en la inversión por la que se acciona de contrario. 6) La sentencia produce, en su pronunciamiento de condena, un clamoroso enriquecimiento injusto de la parte actora. 7) Costas.

**SEGUNDO**.- Entrando ahora en el análisis de la cuestión de fondo propiamente dicha, si la demandada incumplió su deber contractual de información adecuado durante la vigencia del contrato y en especial en marzo de 2007 momento en que fueron suscritos los bonos, debemos perfilar la calificación jurídica del contrato.

Se trata de un contrato de comisión para la compra de productos financieros, como preliminar de un contrato de compraventa de los mismos que exige la intervención de un intermediario-miembro del mercado



(artículo 37 de la LMV), en nuestro caso BARCLAYS BANK PLC emisor de los Bonos. Como es práctica muy frecuente casi la habitual, se tramiten las órdenes bursátiles a través de una sucursal de la propia entidad bancaria BARCLAYS BANK SA, que dispone de sucursales extendidas en varias las localidades. En la última década, las entidades de crédito han incrementado la prestación de servicios de inversión entre sus clientes, cobrando importantes comisiones que repercuten a sus clientes en atención a su intervención como comisionistas. En este supuesto cabe decir que el emisor del valor objeto de la inversión se trata de una entidad vinculada a la entidad de crédito BARCLAYS BANK PLC, lo que supone un ahorro en la comisión al emisor del objeto de la inversión (BONOS). Así la actividad típicamente bancaria de captación de fondos del público y concesión de créditos a sus clientes, es utilizada para realizar una actividad parabancaria, de colocación de instrumentos financieros. La entidad de crédito, aprovecha su red de sucursales y su relación de confianza que caracteriza su relación con el cliente para "colocar" con mayor facilidad que una empresa de servicios de inversión tales productos financieros. Para determinar los conceptos de "servicio de inversión" e "instrumento financiero" debe de estarse a lo dispuesto en la Ley 24/1988 de 28 de julio del mercado de Valores. Los servicios de inversión incluyen una variedad de prestaciones que se detallan en el artículo 63 de la Ley de Mercado de Valores y el artículo 65 de la Ley de Mercado de Valores permite a las entidades de crédito realizar dichos servicios de inversión, siempre y cuando estén habilitadas para ello, supuesto habitual para los inversores minoristas.

El Tribunal en Sentencia de fecha 2 de septiembre de 2011, ya tuvo ocasión de señalar que la primera cuestión esencial a efecto de determinar el grado de información exigible a prestar por la entidad demandada, es determinar la calificación del contrato suscrito entre los litigantes, debiéndose distinguir al respecto si se trata de una simple administración de valores o además de lo anterior, puede considerarse como un contrato de gestión de los mismos o que comporte obligación de asesoramiento. Y al respecto refiere *"las entidades de crédito pueden ofrecer servicios de contenido muy diverso, y en la doctrina tradicionalmente se ha distinguido entre dos fórmulas de administración y gestión de valores: la directa que adopta la forma de administración conservativa de valores, y la indirecta que a su vez puede desdoblarse en individual, a través de la gestora de entidades de inversión, y conjunta, a través de persona interpuesta en la modalidad de gestión colectiva. En la primera de ellas su finalidad es la simple conservación del contenido económico o una administración conservativa, y en la segunda es más dinámica. A la primera se refiere el artículo 308 del Código de Comercio, con la custodia de la documentación, o, en su caso, mediante anotaciones en cuenta, y a la vez realizar el cobro en el momento de sus vencimientos y practicar cuantos actos sean necesarios para que los efectos depositados conserven su valor y los derechos que correspondan con arreglo a las disposiciones legales, entre ellos, en su caso, los derechos políticos. En cuanto a la segunda, además de tal administración conservativa, se trata de la obtención de rendimientos económicos extraordinarios, rentabilidad de la gestión y una eventual plusvalía, y se destaca que en el ámbito de los mercados de capitales reviste mayor complejidad y tecnificación con atenciones, necesidades de gestión y conocimientos cada vez más tecnificados a los que el inversor no puede hacer frente, precisando de profesionales altamente cualificados que obtengan la mayor seguridad, rentabilidad y liquidez de las inversiones realizadas con diversificación de riesgos y la gestión de carteras debe comprender con carácter necesario aquella actividad tendente a la extracción de rendimientos extraordinarios como resultado de una política de inversiones adecuada a la composición de la cartera. Se les considera contratos mixtos entre depósito y comisión, pero especialmente de este último, con aplicación de las normas del Código de Comercio sobre comisión mercantil ( artículo 244 y siguientes del Código de Comercio ). En cuanto al modelo de diligencia exigible, la entidad de crédito deberá observar una administración diligente, prudente y ordenada de conformidad con el artículo 255.2 del Código de Comercio que "hará lo que dicte la prudencia y sea más conforme al uso de comercio", además regulada por la Ley del Mercado de Valores, que en la fecha de la contratación objeto de esta litis, en su artículo 79 c ) obliga a la entidad de crédito administradora a "desarrollar una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses de sus clientes como si fueren propios", en el artículo 79 e ) habrá de asegurarse de solicitar toda la información necesaria a sus clientes para una mejor administración de sus valores, procurando mantenerlos siempre adecuadamente informados sobre la situación de su cartera, así como la del mercado de valores, que pueda influir en dicha administración y en las instrucciones que el cliente pueda dirigir a la entidad de crédito, y en el Código General de Conducta, artículo 2 del anexo del RD. 629/1.993 de 3 de mayo -vigente en la fecha de la contratación- sobre normas de actuación en los mercados de valores se dice que tales entidades administradoras de valores deben actuar "con cuidado y diligencia en sus operaciones, procediendo a su ejecución según las estrictas instrucciones de sus clientes, o en su defecto, en las mejores condiciones para el cliente, observando en todo caso los reglamentos y usos propios de cada mercado". En otro caso podrá incurrir en responsabilidad conforme al artículo 259 Código de Comercio, por ello la doctrina considera que la diligencia exigible a una entidad de crédito administradora de valores es la de un comerciante experto que ejerce funciones de*

comisionista, como fuente de lucro, y actúa utilizando todas las técnicas existentes en el momento de la ejecución de la misma forma y condiciones que lo hubiera hecho cualquier otra entidad de crédito en su lugar.

En cuanto a los contratos de gestión de carteras, la STS de 11 de julio de 1.998, distingue entre contratos de gestión de carteras "asesorada" y la "discrecional", en los siguientes términos: "El contrato de gestión de carteras de valores, al que se refiere el artículo 71 j) de la Ley de Mercado de Valores 24/1988, de 28 de julio, al permitir a las Sociedades de Valores "gestionar carteras de valores de terceros", carente de regulación en cuanto a su aspecto jurídico-privado, sin perjuicio de que sean aplicables al gestor las normas reguladoras del mandato o de la comisión mercantil, se rige por los pactos cláusulas y condiciones establecidas por las partes (art. 1255 del Código Civil), reconociéndose por la doctrina y la práctica mercantil dos modalidades del mismo, el contrato de gestión "asesorada" de carteras 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..... El título VII de la Ley de Mercado de Valores contiene una serie de normas de conducta de las Sociedades y Agencias de Valores presididas por la obligación de dar absoluta prioridad al interés del cliente (art. 79), lo que se traduce, entre otras, en la obligación del gestor de informar al cliente de las condiciones del mercado bursátil, especialmente cuando y no obstante la natural inseguridad en el comportamiento del mercado de valores, se prevean alteraciones en el mismo que puedan afectar considerablemente a la cartera administrada y así en el artículo 255 del Código de Comercio impone al comisionista la obligación de consultar lo no previsto y el artículo 260 dispone que el comisionista comunicará frecuentemente al comitente las noticias que interesen al buen éxito de la negociación; en el ámbito del mandato regulado en el Código Civil, en que no existen preceptos de idéntico contenido a los del Código de Comercio citados, tal deber de información en el sentido expuesto viene exigido por la prohibición de extralimitación en las facultades concedidas al mandatario salvo cuando éste, ante un cambio de las circunstancias, y a falta de instrucciones del mandante, actúa en

forma más beneficiosa para éste, ante la imposibilidad de recibir instrucciones del mismo.". En definitiva, el artículo 63 y 78 de la Ley del Mercado de Valores, vigentes a la fecha de suscripción del contrato de adquisición de los bonos, incluye a las entidades de crédito, entre las que se deben regir conforme a las normas de conducta del Título VII de la Ley del Mercado de Valores, en sus actividades relacionadas con los mercados de valores, sea de forma directa o indirecta, incluyendo los servicios de inversión, en nuestro caso, de recepción y transmisión de órdenes por cuenta de terceros (artículo 63.1.a LMV) como de ejecución de dichas órdenes por cuenta de terceros (artículo 63.1.b de la LMV), de especial relevancia en nuestro caso, por la vinculación entre la entidad financiera y la Sociedad de Inversión, actuando en el tráfico jurídico de forma conjunta y unitaria. De forma similar se debe decir respecto a las llamadas actividades complementarias de depósito y administración de productos financieros (art. 62.2.a LMV) como de las actividades de asesoramiento sobre inversión de uno o varios productos financieros que realizan las entidades bancarias (artículo 62.2.f en relación con el artículo 62.4.b y art. 2.1. c. que a la postre incluye como productos financieros los bonos).

No es hasta la entrada en vigor de la Ley 47/2.007 y la modificación del artículo 63 de la LMV, en que se distingue entre servicios de inversión y servicios auxiliares, y, entre los primeros, en el apartado g) se recoge el de "asesoramiento en materia de inversión", entendiéndose por tal "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros. No se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos de lo previsto 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", y en el apartado d), "La gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión con arreglo a los mandatos conferidos por los clientes.", y entre los segundos, esto es, servicios auxiliares, en el apartado 2.a), "la custodia y administración por cuenta del cliente de los instrumentos previstos en el artículo 2" .

De ésta última normativa, parece extraerse la alegación del recurrente, que la entidad financiera nunca prestó servicio de asesoramiento a los actores, sino que sólo ejerció órdenes de compra y en todo caso, se trataría de una relación de custodia y administración de valores que, decae pro su propio peso, por la normativa aplicable es la de la fecha de adquisición de los bonos. Versión además artificial, toda vez que de la prueba practicada en juicio, la compra de todos los Bonos Autocanjeables se realizaron siempre a instancias de la recomendación del comercial del Banco ( Feliciano ) que si bien la última palabra la tenía el cliente, se ofertó un producto financiero de alto riesgo, teniendo en cuenta que las condiciones financieras se acostumbran a estar predispuestas por el propio Banco o una Sociedad vinculada a él (contrato de adhesión), e incluso como en este caso ni tan siquiera firmadas por el cliente ( se supone que sólo con un registro "electrónico", pues no

aporto la documentación bancaria pese al requerimiento efectuado). Por ello no se basó la opción inversora en un seguimiento bursátil sino en la relación de confianza que tenía en el cliente con la entidad bancaria.

Por otro lado, esta Sala ha venido sosteniendo la aplicación de las normas de información prescritas en el artículo 79 bis a los clientes minoristas "no inversores profesionales" de las entidades bancarias, en tanto no se desarrolle otras disposiciones de legislación comunitaria o estándares europeos para las entidades de crédito y para la actividad de colocación de activos financieros entre su clientela así como de la actividad del crédito al consumo al que se adhieren las "permutas financieras", referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información (artículo 79 quáter de la LMV) por todas la SAP de León, Sección Primera, 21 de junio de 2012 .

**SEGUNDO** .- Determinada así la naturaleza del contrato y con ello las obligaciones asumidas por la entidad demandada, a la hora de analizar que debe entenderse por derecho de información a favor del cliente, tanto el momento de contratar como durante la pendencia del contrato, conviene mencionar alegar la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales de Asturias (SAP 27 de enero de 2.010), Barcelona ( SAP de 4 de diciembre de 2009 ), Valencia ( SSAP 26-04-2006 , sec.9 de 30-10-2008 ) e Islas Baleares ( SSAP 21 de marzo de 2011 ; 21 de junio de 2011 , 3 de diciembre de 2012 ): *"el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación exigible. Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia pero sorprende, sobre todo, el prolijo desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual ..... Esta especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño de dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan con las entidades financieras, y a cuyo sector concurren los consumidores, de forma masiva, tanto para la celebración de contrato mas simples, como la apertura de una cuenta, como a los mas complejos, como los productos de inversión con lo que se pretende rentabilizar los ahorros, saliendo al paso de ese modo de la cultura del "donde hay que firmar" que se había instalado en este ámbito.*

*Lo relevante, por tanto, es que la labor de asesoramiento de las entidades financieras sea personalizada, teniendo en cuenta y siempre, las circunstancias, personales y económicas que concurren y le son expuestas por sus clientes, de modo que suministrada al cliente toda la información necesaria, la decisión de adquirir unos u otros productos, es decir, la valoración de su adaptación a sus necesidades concretas, le corresponde exclusivamente a él y no al asesor, pues si bien es cierto, como apunta la SAP de Barcelona de 4 de diciembre de 2009 , que "no puede exigirse un resultado concreto de la obligación derivada del contrato, puesto que en todo caso quien tiene la última palabra sobre la inversión es el cliente, no lo es menos que la decisión del inversor sólo puede correr con los riesgos de la operación si el gestor le informa de todos los extremos por él conocidos, que puedan tener relevancia para el buen fin de la operación, en otras palabras, sólo puede hacerse responsable al cliente del desafortunado resultado de la inversión si el gestor en su comisión, ha desempeñado sus obligaciones diligentemente... y a fin de determinar la manera en que dicha información, debe hacerse llegar a sus clientes de forma adecuada, los apartados 6 y 7 del mismo precepto (art. 79 LMV) establecen la obligación por parte de la entidad, en función del tipo de prestación ofrecida, de obtener información sobre el cliente, sus conocimientos y experiencia en el ámbito de la inversión".*

*La sentencia de esta Sala de 21 de junio de 2.011 , al referirse a la Ley del Mercado de Valores, indica que "La denominación que ha recibido esta normativa -normas de transparencia- resulta expresiva de una de sus finalidades, la de prestar una información adecuada a la clientela de las entidades de crédito, de forma que el cliente tenga o pueda tener una idea clara del contenido del contrato, en el momento de su celebración y durante su periodo de duración, puesto que la expresión "transparencia", en el ámbito contractual, se utiliza cuando de los términos expresados en la formalización de los contratos se deducen con claridad cuáles son las obligaciones que nacen para cada una de las partes que intervienen en ellos.*

*El derecho de información del cliente se considera, pues, como la forma más importante de la libertad contractual. Por ello tales normas intentan establecer los medios para que las condiciones contractuales, en un sector tan complejo como el de los servicios financieros, sean comprensibles para el cliente medio, es decir, presenten unas adecuadas condiciones de transparencia.*



*Sin embargo, la existencia de estas normas no se justifica por una exclusiva finalidad de protección de la parte contratante, con mayor déficit de información. Es necesario contextualizar este tipo de normas que disciplinan la participación de determinados agentes económicos en la posición oferente del mercado de crédito. Por lo tanto, en última instancia, constituyen una regulación profesional ordenada a sentar las bases para conseguir una mayor competencia entre las entidades, objetivo éste que aparece claramente enunciado en la propia Exposición de Motivos de la Orden de 12-XII-1989 en una sencilla frase que anuda ambos conceptos, mejor información y mayor competencia, en una relación de causa-efecto."*

Igualmente respecto al "onus probandi" en estas materias, la primera de las sentencias de las Islas Baleares de 21-3-2011 declara que: "Se ha de tener igualmente en cuenta, y de partida, que en relación con el "onus probandi" del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, que la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cuál la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de sus clientes, lo cual es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos (los clientes) se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (AP Valencia 26- 04-2006).

*Las entidades son las que diseñan los productos y las que los ofrecen a sus clientes y, por ello, deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera del cliente a fin de que éste comprenda el alcance de su decisión, si es o no adecuada a sus intereses y se le va a poner o colocar en una situación de riesgo no deseada; pues, precisamente, la formación de voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe obtener toda la información necesaria para poder valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se contrata responde a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquellos a los que se obliga y de lo que va a recibir a cambio. Resulta, además, que en el caso no se ha probado que los actores sean personas expertas en temas bursátiles y a quienes además cabe considerarlos como consumidores y usuarios de los servicios bancarios por lo que resulta de aplicación toda la normativa protectora que al efecto se contempla en la LGDCU, es especial el artículo 2.1 que establece, con carácter general, que es un derecho básico del consumidor la información correcta sobre los diferentes productos o servicios. Y aún siendo cierto que toda operación de inversión comporta un riesgo, también lo es que la asunción de ese riesgo sólo puede admitirse si el cliente contaba con toda la información necesaria".*

La SAP de Valencia Sec 9 de 30.10.2.008 alude a que la "especial complejidad del sector financiero -terminología, casuismo, constante innovación de las fórmulas jurídicas, transferencia de riesgos a los clientes adquirentes...- dotan al mismo de peculiaridades propias y distintas respecto de otros sectores, que conllevan la necesidad de dotar al consumidor de la adecuada protección tanto en la fase precontractual -mediante mecanismos de garantía de transparencia de mercado y de adecuada información al consumidor (pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación)- como en la fase contractual -mediante la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales, a fin de que la relación guarde un adecuado equilibrio de prestaciones- como finalmente, en la fase postcontractual, cuando se arbitran los mecanismos de reclamación. La Ley de Mercado

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

La Ley 47/2.007 de 19 de diciembre, que introdujo una importante modificación de la Ley de Mercado de Valores de 1.988, supone la transposición al ordenamiento interno de la Directiva 2.004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2.004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modificaban las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y de la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, y supuso una notable variación en la normativa aplicable, e incremento de la protección, en especial al cliente minorista.

La normativa sobre el particular vigente en abril de 2.007, era, de una parte, el artículo 79 de la LMV, que, en su redacción entonces vigente, disponía :*"1. 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, deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos:*

*a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado.*

*b) Organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos.*

*c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios.*

*d) Disponer de los medios adecuados para realizar su actividad y tener establecidos los controles internos oportunos para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone.*

*...e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados....."*

Y, de otra, el Real Decreto 629/93 de 3 de mayo sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios, que en su artículo 16.2 dispone: *"2. Las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. En este sentido, dispondrán y difundirán los folletos de emisión, informarán sobre la ejecución total o parcial de órdenes, fechas de conversión, canjes, pagos de cupón y, en general, de todo aquello que pueda ser de utilidad a los clientes en función de la relación contractual establecida y del tipo de servicio prestado."*, y en artículo 5 del anexo de código general de conducta en los mercados de valores indica *"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.*

*2. Las entidades deberán disponer de los sistemas de información necesarios y actualizados con la periodicidad adecuada para proveerse de toda la información relevante al objeto de proporcionarla a sus clientes.*

*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.*

*4. Toda información que las entidades, sus empleados o representantes faciliten a sus clientes debe representar la opinión de la entidad sobre el asunto de referencia y estar basada en criterios objetivos, sin hacer uso de información privilegiada. A estos efectos, conservarán de forma sistematizada los estudios o análisis sobre la base de los cuales se han realizado las recomendaciones.*

*5. Las entidades deberán informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesario al interés del cliente. Sólo cuando por razones de rapidez ello no resulte posible, deberán proceder a tomar por sí mismas las medidas que, basadas en la prudencia, sean oportunas a los intereses de los clientes.*

*6. Deberán manifestarse a los clientes las vinculaciones económicas o de cualquier otro tipo que existan entre la entidad y otras entidades que puedan actuar de contrapartida....."*

**TERCERO** .- Establecido el anterior marco normativo, necesario ante la parquedad de la sentencia de instancia, pasamos a resolver los motivos del recurso. En primer lugar se alega indebida resolución contractual del negocio de adquisición de los Bonos litigiosos ( art.1124CC ) pues el contrato ya se había agotado al momento de ejercitarse la acción, en contra de la doctrina reiterada del Tribunal Supremo. Ante esta alegación debe constatar que se trata de una alegación nueva, no habiéndose incluido en la contestación a la demanda, aunque del visionado de la grabación digital se observa que fue oportunamente incluida en las conclusiones, adjuntándose una sentencia en este sentido de la Audiencia Provincial de Zaragoza en la alzada. Lo cierto es que el objeto de la litis, quedó fijado en la Audiencia Previa ( artículos 412 y 426.1 LEC )



sin que el objeto del juicio o "Thema decidendi" pueda modificarse en las conclusiones finales (433.3LEC) so pena de producir una indefensión a la otra parte, debiéndose en todo caso transcurrir el procedimiento conforme a su regulación legal ( art.1 LEC ). La alegación excede ampliamente los fundamentos de hecho y de Derecho formulados ante la Juzgadora de Instancia, incurriendo en una "mutatio libelli" evidente. Es obvio que los derecho de crédito, opera la Teoria de la sustanciación en el sentido de la doctrina legal del Tribunal Supremo que impone que la demanda debe estar fácticamente sustanciada y jurídicamente individualizada. Por otro lado la actora ejercita una acción de reclamación de cantidad derivada de un incumplimiento reiterado ( artículo 1101 CC ) por parte del Banco de su deber de información que estima la sentencia de Instancia, teniendo en cuenta que tiene un plazo de prescripción de 15 años conforme al artículo 1964 del CC para las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción.

**CUARTO** .- En el siguiente motivo de impugnación se acusa al juzgador de instancia de haber incurrido en error en la valoración de la prueba al no tomar en consideración la documental aportada que acredita que los productos financieros eran un producto de riesgo con alta rentabilidad y que el actor D. Anton era un inversor experto pues había adquirido otros productos similares (bonos autocanjeables) y había cobrado los cupones, incluso había autocanjado otro Bono autocancelable para adquirir los Bonos Franceses, además ser administrador de dos mercantiles, por lo que deduce que conocía las características del producto pues se le había entregado una documentación suficiente explicaba las características del producto (Doc. 3 y 4 de la contestación a la demanda). En concreto el director de la entidad bancaria le entregó unas fotocopias sobre los bonos referidos a los bancos **franceses** , que, según su entender, contradice abiertamente la tesis de la demandante sobre la falta de información. Parece sostener la entidad recurrente que el desconocimiento el producto no puede ser incardinado como error en el consentimiento, puesto que el desconocimiento sería única y exclusivamente imputable al actor que lo alega por la falta de diligencia exigible en sus inversiones bancarias como empresario experimentado y con inversiones inmobiliarias, negando la existencia de error esencial e invalidante del consentimiento que aprecia la sentencia apelada. El motivo se funda, en síntesis, en que el error de consentimiento no puede determinar la nulidad cuando es imputable a quien la padece por haberse podido evitar con una regular diligencia.

El motivo no prospera por infundado, siendo cierto es que la jurisprudencia tiene reiteradamente declarado que para que el error, como vicio de la voluntad negocial, sea invalidante del consentimiento es preciso, por una parte, que sea sustancial o esencial, es decir, que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o, en otros términos, que la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste ( Sentencias de 12 de julio de 2002 , 24 de enero de 2003 y 12 de noviembre de 2004 ); y, por otra parte, que sea excusable, esto es, no imputable a quien los sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración( STS de 18 de febrero y de 3 de marzo de 1994 , que se citan en la de 12 de julio de 2002 , y cuya doctrina se contiene, a su vez, en las de 24 de enero de 2003 , 12 de noviembre de 2004 y 17 de febrero de 2005 ). Ahora bien, no es menos cierto que en el caso el desconocimiento por el cliente del producto que se le ofreció y contrató no puede atribuirse a su conducta negligente sino, como afirma la sentencia apelada, a la falta de la preceptiva información por parte de la entidad bancaria al momento de suscribir el contrato y a una información incompleta de las características del producto y sobre los riesgos que se asumían, sin que la inversión en patrimonio inmobiliarios suponga ser experto en inversiones financieras, como se afirma por la entidad recurrente, máxime cuando no se ha acreditado que a la firma del contrato no se le había proporcionado al cliente los folletos informativos del tipo de inversión ni siquiera concretado en que consistía la misma al referirse exclusivamente a **bonos** estructurados sin conocimiento claro y exacto de lo que se le ofrecía y sus consecuencias al tratarse de una inversión de riesgo no garantizada, por lo que mal podía analizar los riesgos.

Y así en primer lugar se trata de un producto contratado y riesgo. El apartado 8 del artículo 79 de la Ley de 24/1988 de 20 de julio de Mercado de Valores , se establece: "No se considerarán instrumentos financieros no complejos ....i) los valores que den derecho a adquirir o a vender otro valores negociables o que den lugar a su liquidación en efectivo, determinada a valores negociables, tipos de interés o rendimientos, materias primas u otro índices o medidas" supuesto en que nos encontramos con los bonos, y en todo caso la letra ii) remite al artículo 2 apartados 2 a 8 en que expresamente se incluyen los bonos.

Al tratarse de un producto complejo y de riesgo, la entidad financiera debió comprobar que la experiencia inversora del cliente (si bien es cierto que no estaba en vigor la normativa MIFID modificada por Ley 47/2007 de 19 de diciembre incorporando la Directiva 2004/39). Efectivamente tenían unos productos en renta fija el 60,14% y el 40,86% en renta variable (acciones), había contratado anteriormente unos bonos que autocanceló el primer año y vendió un fondo de inversión de Banclays para comprar los denominados Bonos franceses antocancelables (doc. 1 a 6 de la demanda) pero de la declaración de Feliciano se extrae la conclusión que D. Anton tenía una relación de confianza con el mismo y se dejaba aconsejar respecto a los productos que podrían ser rentables en su cartera de renta fija (la variable son valores sujetas la evolución del IBEX), luego todas las compras las hizo a la par de los consejos del comercial de Barclays. Si aplicáramos la LMV según su redacción actual D. Anton sería un cliente minorista ( art.78.bis.3.e) y, por tanto, sin experiencia inversora con unas reforzadas exigencias de evaluación, información e incluso recomendación de la idoneidad del producto. Pero también el artículo 4.1 antes indicado (Real Decreto 629/93) se infiere la exigencia de información sobre el cliente, para a su vez, informarle de ella (artículo 5.1 de las citadas normas de conducta).

Por lo tanto, la excusabilidad del error ha de analizarse en el ámbito normativo indicado porque las estrictas obligaciones de información exigidas a la entidad financiera se corresponden con el nulo conocimiento que se atribuye al cliente minorista-si se prefiere - al cliente sin experiencia inversora. Y la relevancia de la información exigida se asocia a la capacidad del cliente minorista de comprender y aceptar la idoneidad del producto que se le ofrece . Y en el caso concreto no resulta acreditado que se le facilitara información sobre el escenario negativo y el riesgo de la operación, máxime en estos casos, cuando el Banco tiene su propia previsión subyacente de la operación al cliente- que por su propia naturaleza es contrapuesta, omitiendo en el contrato que si se cumple la previsión del banco el cliente tendrá pérdidas. Ésta última información resulta de gran importancia si tenemos en cuenta que el contrato de adquisición de bonos, esta diseñado y predispuerto por el propio banco el cual es parte contratante frente al cliente, en un instrumento financiero derivado que tiene como característica definitoria que la ganancia de una de las partes implica la pérdida de otra. Por mucho que se quiera hacer ver que la entidad financiera como meramente intermediaria, lo cierto es que cedió su posición a terceros con lo que de algún modo se lucró con la operación ( sino no se tiene en cuenta la vinculación de la Sociedad de Inversión y el banco, ganaría una doble comisión cliente y sociedad inversora).

Se alega que D. Anton incluso tenía asesores externos como administrador de dos mercantiles, pero quienes prestan servicios a empresas con de naturaleza fiscal , laboral y mercantil, limitándose a ámbitos muy específicos (contabilidad, fiscal, laboral) ajenos a la prestación de servicios financieros que, sin embargo, sí prestan las entidades financieras, que son quienes - junto con otros prestadores de servicios financieros en ámbitos muy restringidos - llevan a cabo dicha actividad y son quienes mejor pueden-y deben- informar acerca de los productos de inversión a sus clientes. Sería inexcusable el error cuando, cumpliendo la entidad financiera con sus obligaciones de información, el cliente suscribiera el contrato con información suficiente para comprender no sólo las consecuencias jurídicas del contrato, sino también sus riesgos. Igualmente el ser administrador de las dos mercantiles en el ámbito de la electricidad y que tuviese un patrimonio inmobiliario, no supone experiencia inversora, de hecho la composición de la estructura de los productos financieros es, como tradicionalmente los bancos explicaban a los clientes los productos financieros, renta fija y renta variable, a más renta variable más riesgo, a más renta fija cartera más conservadora. Por ello, es trascendente la catalogación de los bonos franceses como renta fija internacional que realizó la entidad financiera, como examinaremos más adelante. Es decir que como ingeniero Técnico Industrial y que sepa lo que es el Ibex no significa una experiencia inversora.

Respecto a que se entregó toda la información al actor, cabe decir que no se ha probado que la entidad financiera entregase la documentación que presentó en la contestación a la demanda, incluso se puede decir del interrogatorio de parte del Director de la Oficina se puede considerar una "fictia confessio", toda vez que declaró que cuando se empezó a enviar los extractos de los productos a los clientes, conforme a su valor de mercado y no con el nominal suscrito, fue debido al cambio de la Ley del Mercado de Valores, cuando hemos vistos como básicamente las obligaciones de información que se reseñan en las normas de conducta al tiempo de contratación de los bonos, son prácticamente idénticas a las que se promulgaron más posteriormente, si bien mejor especificadas, no siendo lógico que una información esencial, se preceptivo o no de comunicarla por la entidad bancaria, dependiendo del tiempo de en que se contrate el mismo producto.

Las únicas pruebas son las testificales de D. Gerardo , director de la oficina cuando se contrataron los bonos y D. Feliciano (comercial del Barclays), no siendo partes objetivas, como hemos argumentado, sin que la entidad bancaria aporte documentación alguna de contrato o de la documentación entregada firmada por el actor. Pero es que además, se debe acreditar la información clara sobre el escenario desfavorable o riesgos de la inversión. Feliciano , no sabe si se le entregó el documento nº 3 de la Contestación a la Demanda,

que explica las características del producto y Gerardo , director de la sucursal cuando se adquirieron los bonos, declaró que no se acordaba si se entregaron la documentación del producto, si bien manifestó que se les entregaba fotocopias y que se les remitía a las páginas Web. Declaro , además que recientemente, había acudido a Madrid para otro juicio sobre los Bonos Autocancelables Franceses, por lo que había recordado el producto, curiosamente una vez que fue preguntado sobre el comportamiento de los bonos sobre los dos primeros años (si suben los valores de los bancos Societé Generale, Credit Agricole y BNP a las fechas de amortización anticipada, se pagan los cupones con un 8%), curiosamente no supo responder sobre que pasaba el tercer año, sin contestar nada, cuando en dicho año estaba el riesgo de la operación con que uno solo de los valores subyacentes representativos de los bancos franceses, bajasen un 40% , suponía una cuantiosa pérdida sobre el capital invertido (de más del 60%) . Al no haberse probado que D. Anton tuviese la información relevante sobre los riesgos de la inversión, por parte de la entidad financiera al tener ella la facilidad y disponibilidad probatoria no puede tenerse por probado que efectivamente hubiese sido informado sobre los riesgos y escenarios negativos de la operación.

Respecto a la alegación, que la actuación del actor va contra sus propios actos, al haber cobrado los dos cupones y autocancelado un bono de similares características para comprar otro, acordándose sólo de reclamar al banco cuando pierde dinero y no cuando se le pagan los cupones, parece alegar la doctrina de los actos propios ( por todas la STS de 31 de enero de 2011 ), cabe decir que éstos sólo se refieren a los de **significación inequívoca** en orden a crear, modificar o extinguir relaciones o situaciones jurídicas, de modo que la actuación posterior revele una falta de coherencia tal en el tráfico que se estime una vulneración del principio de confianza en el comportamiento anteriormente observado, cuyo respeto, como manifestación de la buena fe objetiva, ha de exigirse en el ejercicio de los derechos ( Art. 7.1. CC ). Tal como ha declarado la doctrina de las Audiencias para otros productos financieros, el lógico que en el comportamiento inicial el cliente no alcanza a percibir el error en que ha incurrido, que sólo se constata al advertir las consecuencias negativas que conlleva la aplicación práctica del productor financiero. En efecto al concurrir un vicio del consentimiento al contratar, la conducta posterior de uno de los dos contratantes carece de significado alguno porque el vicio del consentimiento ha de concurrir al contratar, aun cuando luego el error se supere, pero, es que, además de esos pagos de cupones a favor del cliente es lo que le induce al cliente a mantenerse en el ámbito de protección que le ofrece el producto contratado mientras los cupones mantengan la senda alcista y por tanto ajeno al riesgo del que no se le ha informado, el cliente ve confirmadas sus expectativas que se le ofrecieron y las bondades del producto mientras no se producen pérdidas de valor significativas. Para ello están diseñados, no se pierde nada a lo sumo el interés en los dos primeros años, no así lo que ocurre al tercer año, máxime si se envían extractos en los cuales el nominal sigue siendo el mismo. Pero cuando baja el valor de la Bolsa y afectan a los valores subyacentes, se dan cuenta del riesgo asumido, pero ya no pueden sustraerse al contrato, que pierden más del 60 % del nominal invertido. Por lo que cabe desestimar dicho motivo del recurso.

**QUINTO** . - Por la recurrente se alega que ese efectúa una incorrecta aplicación de la carga de la prueba, considerando que no existe material probatorio para avalar la versión de D. Anton . Como hemos indicado el número segundo de los Fundamentos de Derecho, la carga de la prueba en base al principio de facilidad y disponibilidad probatoria correspondería a la entidad bancaria, considerando además que se han probado los incumplimientos de información, sin necesidad de acudir a la "inversión de la carga de la prueba" de interpretación restrictiva según la doctrina legal del Tribunal Supremo.

Por otro lado alega la inexistencia de prueba de los incumplimientos del Banco respecto al seguimiento de los Bonos Autocancelables Franceses, sin que se pueda atribuir Banco responsabilidad en la pérdida de valor de la inversión, considerando que fue D. Anton quién asumió el riesgo al comprar productos financieros agresivos, sin que sea posible preveer la caída de los mercados financieros.

Para resolver a las alegaciones efectuadas, hemos de partir que si la información ha de ser clara, correcta y precisa (primer inciso del apartado 3 del artículo 5 del Real Decreto antes citado) y por lo términos que aparecen redacta, la información se ha de facilitar por escrito "entregada a tiempo", debe decirse que dadas las características del producto la información entregada a tiempo no se realizó.

Para analizar la prueba documental aportada se debe partir de varios extremos. En primer lugar la cultura financiera común de un profesional medio, se sitúa en la concepción básica que los valores de renta fija son menor rentabilidad pero seguros y los de renta variable son de mayor rentabilidad, pero con riesgo de pérdida de valor según los índices bursátiles. Los fondos de inversión nacieron con "cestas de acciones" con un contenido mayor o menor de valores de renta fija y variable, según las preferencias de "riesgo" de los accionistas. Posteriormente nacen los "Fondos o depósitos estructurados" que es un fondo que ofrece una alta rentabilidad para el dinero en ellos depositado en función de cómo esté una subyacente en una fecha. Durante



el período del 2006-9 después de que los fondos de inversión con el nombre de estructurados, tuviesen una rentabilidad negativa, se incrementaron significativamente a partir del año 2007 los llamados Bonos estructurados. Tradicionalmente los "Bonos" (p.e. Bonos del Tesoro) estaban considerados de renta fija pero los Bonos estructurados basan su rentabilidad al comportamiento de ciertas divisas, acciones o determinados índices, la diferencia es que imponen unas condiciones para obtener la rentabilidad. Si estas se cumplen, el inversor obtendrá la ganancia acordada en el momento de su contratación. **Por ello es necesario seguir su evolución para proteger el capital ante una posible pérdida.** Finalmente, **es fundamental tener en cuenta el cálculo de la rentabilidad y las fórmulas que utiliza el producto para determinar las ganancias** .(cfr. Victorino y Pedro Francisco . "BONOS ESTRUCTURADOS VENDIDOS EN ESPAÑA EN LOS ULTIMOS AÑOS "[ en línea] Centro Internacional de Investigación Financiera Documento de Investigación DI-951 Marzo, 2012 IESE Business School - Universidad de Navarra, 2012,<<http://www.iese.edu/research/pdfs/di-0951.pdf>>[Consulta 23 dic. 2012])

De hecho, dichos productos no son uniformes y son de extraordinaria diversidad como su denominación: bonos bolsa (BBV, Argentaria, Caixa Cataluña); bonos directos (Telefónica); bonos de cobertura (Telefónica); bonos estructurados (Banif, Barclays); bonos protegidos en bolsa (JP Morgan, Nordic Investment Bank, Endesa, Citibank); bonos participativos (Disney); Estructurados Banca Europea (Banif); contrato financiero BBVA etcétera.

Varios catedráticos de contabilidad y finanzas se manifestaban de forma contradictoria sobre la posibilidad del acceso a dichos productos financieros por parte de los inversores minoristas : ""Los bonos estructurados no son recomendables para inversores minoristas [...]. "Se les vendieron productos financieros complejos, difíciles de entender y además sin advertirles con la debida diligencia profesional de todos los riesgos en que se incurría". "Una colocación, a través de asesoramiento, de productos con elevado riesgo, queda fuera de las buenas prácticas de todo asesor financiero y en "Los productos estructurados, que por naturaleza son complejos [...] no son idóneos para clientes minoristas de perfil conservador". "El mensaje 100% protegido es una información claramente engañosa, ya que en ningún momento el intermediario hace referencia al importante riesgo de crédito o insolvencia de la entidad emisora". Hay un elemento común a todos los productos, el rendimiento está vinculado a operaciones financieras en los mercados de derivados, opciones financieras en el caso que nos ocupa, las cuales son extremadamente arriesgadas y **muy difíciles de entender** por inversores minoristas". Según un catedrático este tipo de bono era complicado de entender, es un *"bono [...] que incorpora la compra implícita de una estructura de derivados implícitos con opción cancelable digital bermuda con varias fechas de observación de cancelación para el emisor de tipo barrera up and out sobre la evolución de las acciones de tres subyacentes de renta variable y una venta de una put de una opción con barrera up and out sobre una cesta de tres activos de tipo "worst of" ..."*. Explicaba que se parecía a definir un Seat Toledo como un *"vehículo autopropulsado provisto de una bobina de encendido (autotransformador de alto voltaje al que está conectado un conmutador que interrumpe la corriente del primario para que se induzca un impulso eléctrico de alto voltaje en el secundario), cuatro cilindros, colector de admisión, válvulas y árbol de levas, tapa del distribuidor, suspensión delantera de tipo MacPherson, con relación de compresión diez a uno, que utiliza un combustible con energía de 38,65 megajulios por litro (en lugar de decir gasoil)..."*. Y más adelante afirmar que un licenciado en derecho no puede comprar un coche Seat Toledo porque no sabe qué es la suspensión MacPherson o porque no sabe qué precio tiene en el mercado un árbol de levas. (cfr. *Obra citada mas arriba*).

Pero a la vez los mismos profesionales, manifestaban que "los productos estructurados son muy típicos de Europa continental. Al **pequeño inversor** le permiten acceder a determinadas exposiciones de riesgo complicadas de obtener directamente en los subyacentes y obtener perfiles riesgo-retorno interesantes [...] "se han convertido en el mecanismo de introducción de la opcionalidad en las carteras de los **pequeños ahorradores** ", "La familia de productos estructurados referidos a la naturaleza bursátil ha sido la que ha tenido una mayor difusión entre Productos estructurados [...] perfil de resultados muy atractivo para los inversores, particularmente en una época como la actual, con malos resultados bursátiles y una creciente aversión al riesgo". 2006. "La creciente cultura financiera del cliente". 1997 permite la tipología de estructurados según las garantías para el inversor: Productos de principal garantizado al 100 por 100 [...] y productos sin garantizar el principal total o parcialmente".

Este excursus nos permitirá valorar la prueba documental aportada. Los extractos desde el 31 de julio de 2007 a 31-12- 2007 (fecha de adquisición 27 de marzo) siempre aluden a BO NO AUTOCAN BANCOS FRANCESES 8% apareciendo siempre con un nominal de 60.000 euros, y se les cataloga como "Renta Fija Internacional". El extracto cataloga los productos en renta fija( principalmente Bonos) y renta variable (acciones) sin embargo también aparece una mención que parece establecer que no están garantizados

ningún producto de las inversiones (literalmente: Garantizados 0,00%) no explicita que los bonos no estén garantizados, además en los mismos aparece como asesor del patrimonio Feliciano hasta el 1 de marzo de 2008(doc. 4 a 12) . Pero además el extracto de 31 de abril de 2008 los bonos autocancelables bancos franceses aparecen dentro de la categoría de productos garantizados (doc.13 vuelta) y con un Valor de "mercado" de 60.000 euros y el 31 de mayo de 2008 el extracto en vez de hablar de bonos franceses se les incluye dentro de la categoría de BONOS ESTR (estructurados), pero con un "Valor de Mercado" de 60.000 euros dentro de la Renta fija nacional e internacional lo que continua hasta los extractos del 30 de junio al 31 de julio de 2008. El 30 de septiembre del 2008 desaparece el valor de mercado y aparecen en los bonos un "valor nominal" ( no de mercado) de 60.000 # pero a la vez desaparece la catalogación del Bono como renta Fija. Y al final es en enero de 2009 cuando aparece un Valor de referencia Actual en Euros (doc.21 v.) en el valor de los bonos pasa a ser de 23.400 euros que en marzo de 2009 queda fijado en 26.660 euros, presentando la reclamación en mayo de 2009.

Si partimos del primer inciso del apartado 5 del Real Decreto citado es claro: la información se ha de ofrecer a tiempo para evitar su incorrecta interpretación, lo que no se ha efectuado. Los extractos se envían es irremediable que provoquen equívocos identificando los Bonos como Renta Fija cuando no se trata de productos de Renta fija que es entendida como tal, al tener unos rendimientos con referencia a unos valores subyacentes(variables), pero además en un extracto aparece los Bonos como garantizados. Se les envía hasta el tercero año, unos extractos con Valor nominal y de mercado de 60.000 euros, y ya al acabar los últimos de los plazos de amortización de los bonos se le envía el extracto con el "valor en euros " de 23.400 euros. Ello también da lugar a la creencia que el producto no baja de valor de adquisición. Si como hemos dicho, con los Bonos estructurados es necesario seguir su evolución para proteger el capital ante una posible pérdida, mal se puede seguir con la información enviada en los extractos y sobre todo con los equívocos que da lugar la información suministrada.

Finalmente, es fundamental tener en cuenta el cálculo de la rentabilidad y las fórmulas que utiliza el producto para determinar las ganancias. En principio tras el visionado del Juicio no parece muy difícil de entender este instrumento, si se quiere explicar claramente lo que le importa al inversor:

- El inversor recibe un 8% al año de su inversión si los precios de las acciones suben, con posibilidad de amortizar el 100% de nominal.

-Si los precios de las acciones siguen subiendo ,el segundo año el inversor obtiene una buena rentabilidad: alrededor de un cupón 16% anual y con posibilidad se amortizar el bono.

-Si los precios de las acciones siguen subiendo ,el tercer año el inversor obtiene una rentabilidad de un cupón del 24% y con posibilidad se amortizar el bono, con la devolución del 100%.

- Si en el tercer año, en el caso de que ninguno de los precios de las tres acciones haya descendido más de un 60% entre la emisión y la amortización, el inversor obtiene lo que invirtió con un cupón del 8%.

-Solo en el caso de que no haya habido amortización anticipada y alguna de las acciones haya descendido más de un 60% entre la emisión y la amortización, el inversor perderá dinero, en concreto, lo que haya bajado la acción subyacente de peor comportamiento. Incluso leyendo las características del productos, es necesario una atenta lectura y relectura para comprender la condición, el escenario desfavorable es descrito de esta manera(fol 197): " Caso 2: Si alguna de las acciones termina por debajo de nivel inicial y alguna ha cotizado por debajo del 60% del valor inicial, entonces se amortiza a 108.00% +Peor Performance. Siendo Peor Performance la caída de la peor acción: Precio de la acción a la fecha de amortización/Precio de la acción a fecha de inicio-1". No deja sorprender como dicha documentación (doc.3 de la contestación a la demanda) aparezca como de "uso exclusivamente interno", pero lo que sorprende más es que no se halla aportado ninguna documentación en forma, pese a haber sido requerida la entidad demandada, si bien esta permitido el registro electrónico, eso no exime a la entidad bancaria a la hora de justificar en forma la liquidación, que debe ser comprobable. Por todo ello procede desestimar dicho motivo del recurso.

**SEXTO** . - Por último es alega en el recurso que se produce una enriquecimiento injusto, pues no se tienen en cuenta las retenciones practicadas por lo cupones, ni tampoco se tiene presente el IVA, sin embargo se observa que se tiene en cuenta las retenciones y el IVA de los cupones en la sentencia de instancia, siendo minorado su importe de la cantidad que debe abonar la entidad bancaria para la restitución de las prestaciones que dispone la resolución.

La desestimación de todos los motivos de impugnación conlleva la confirmación de la sentencia apelada por sus propios fundamentos.



SEPTIMO.- Que con respecto a las costas y de acuerdo con lo previsto en el artículo 398 de la L.E.C . procede imponer las de esta alzada a la parte apelante, al ser desestimado íntegramente el recurso.

**VISTOS** Los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

## **FALLAMOS**

1) el RECURSO DE APELACION **QUE DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** interpuesto por el procurador don Javier Chamorro Rodríguez, en nombre y representación de **BARCLAYS BANK, S. A.**, contra la sentencia de fecha 30 de mayo de 2011, dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de

Primera Instancia nº 7 de León, en los autos juicio ordinario, de los que trae causa el presente Rollo, y, en consecuencia, **DEBEMOS CONFIRMARLA y la CONFIRMAMOS en todos sus extremos.**

**2) Se imponen las costas de esta alzada a la parte apelante.**

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevar certificación al Rollo de la Sala, definitivamente Juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir al que se dará el destino legal. Notifíquese a las partes personadas y remítase al SCOP para que continúe la tramitación.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe interponer recurso de casación ante este tribunal, únicamente por la vía del interés casacional, y, en su caso y en el mismo escrito, recurso extraordinario por infracción procesal, a presentar en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación.

Así por ésta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.