

Roj: SJPI 7/2011
Id Cendoj: 35016420182011100001
Órgano: Juzgado de Primera Instancia
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)
Sección: 18
Nº de Recurso: 1029/2009
Nº de Resolución: 2/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: IRENE TRUYOLS CANTALLOPS
Tipo de Resolución: Sentencia

JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 18

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA Nº 00002/2011

En Palma, a trece de enero de dos mil once.

Vistos por SS^ª. D^ª. Irene Truyols Cantallops, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número DIECIOCHO de Palma, los presentes autos de Juicio ORDINARIO, número 1029/2009, promovidos a instancia de D^ª. Sara Truyols Álvarez-Novoa, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de D^ª. Rafaela con asistencia letrada de D. Raimundo Zaforteza Fortuny contra la entidad BARCLAYS BANK, SA., representado por D. Francisco Javier Gaya Font, y asistencia letrada de D. Pedro Morata Socias, ha dictado EN NOMBRE DE S.M. EL REY la siguiente resolución en base a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por D^ª. Sara Truyols Álvarez-Novoa, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de D^ª. Rafaela, se presentó ante el Decanato de los Juzgados de Palma demanda contra la entidad BARCLAYS BANK, S.A., a tramitar por el juicio ordinario, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, en la que tras exponer los hechos y fundamentos jurídicos en que basaba su pretensión, suplicaba se dictase sentencia por la que declare que la actora el día 2 de febrero de 2007 concluyó con la demandada contrato en virtud del cual la interpelante invirtió 60.000.-euros en la adquisición de un bono de BARCLAYS BANK garantizado 100% con salida en cualquier momento, y con abono de los Intereses al día en que decidiera retirarlo, en un plazo máximo de 5 años; que se declare que el banco demandado no cumplió una vez que el día 17 de octubre de 2008 la demandante le requirió a tal efecto la restitución del capital invertido más los intereses pactados; que se condene a la entidad demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones, así como a llevar a cabo las actuaciones que sean presupuestas, complemento o consecuencia de tales pronunciamientos, comportándose por ello la condena a cumplir el referido contrato, abonando a la actora la suma de 60.000.-euros, más los intereses legales devengados por dicha cantidad desde el día 2 de febrero de 2007 y hasta su completo pago, reembolsando a la actora en concepto de daños y perjuicios las comisiones por administración soportadas por la actora, ascendiendo a la cantidad de 310, 54.-euros.

Subsidiariamente, en el caso de considerar que la actora invirtió la expresada cantidad en bonos Lehman Brothers, se solicita por la parte actora la declaración de nulidad de la referida inversión por falta del consentimiento de D^ª. Rafaela y por ausencia de objeto determinado, así como por infracción de las normas imperativas de protección de consumidores y usuarios para este tipo de operaciones, así como relativas a la prohibición de publicidad engañosa, y de información al usuario inversor, documentación o por cualesquiera de esas causas; con condena a la demandada a estar y pasar por la precedente declaración y sus naturales consecuencias, y aquellas actuaciones que sean necesarias, con condena a la demandada a restituir a la actora la suma de 60.000.-euros, incrementada con los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha 2 de febrero de 2007 hasta la fecha en que se restituya, más el importe en junto de las comisiones por administración.

Finalmente, y con carácter igualmente subsidiario, en consideración a que si el negocio jurídico no es radicalmente nulo, sino anulable, se solicita la nulidad del mismo por error esencial en el objeto y por dolo o por cualquiera de los referidos vicios del consentimiento, con condena a la demandada a estar y pasar por tal declaración, y a sus naturales consecuencia, condenando en consecuencia a la demandada a restituir a la actora la suma de 60.000.-euros, incrementada con los intereses légalos de dicha cantidad desde la fecha 2 de febrero de 2007 hasta la fecha en que se restituya, más el importe en junto de las comisiones por administración.

Con solicitud en todos los casos de condena de costas procesales causadas.

SEGUNDO.- Mediante la correspondiente resolución se admitió a trámite la reseñada demanda -junto a la documental aportada- siguiéndose el cauce procedimental que recoge el Título II del *Libro II de la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*.

Tras efectuarse la citación, en legal forma, a la parte interpelada para su emplazamiento y contestación a la demanda, se personó y contestó a la demanda en los términos que es de ver en su escrito de contestación.

Con posterioridad, tuvo lugar la audiencia previa al acto del juicio con la asistencia de todas las partes procesales; se fijaron los hechos controvertidos y se propusieron los respectivos medios de prueba.

Llegado el día y la hora señalados para la celebración del acto del juicio, se inició con la práctica de la prueba, en su día, admitida, y, una vez concluida la fase probatoria, se emitieron las respectivas conclusiones, quedando las actuaciones para resolver, tal como refleja la sucinta acta levantada al efecto así como el soporte de grabación y reproducción audiovisual conforme a los artículos 146, 147 y 187, todos ellos, de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado y cumplido en esencia todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita por la adora acción derivada de incumplimiento contractual que imputa a la entidad bancaria demandada, concretados en tres petitums o reclamaciones distintas fundamentadas en una inversión efectuada por la actora en febrero de 2007. Resulta relevante tal fecha a efectos de la normativa aplicable, ya que si bien es cierto que en el momento de la inversión no habla entrado en vigor en España la Directiva sobre Mercados de Instrumentos Financieros, conocida por sus siglas en inglés como MIFID (Markets in Financial Instruments Directive) y normativa de desarrollo estatal, no será sino partir del 1 de Noviembre de 2007 en que entra en vigor la misma, que si es aplicable a las relaciones contractuales entre la actora y la demandada en su desarrollo a partir de ese momento, aunque con carácter retroactivo, por lo que se advierte que a partir de noviembre de 2007, unos meses después de la inversión, la entidad demandada debió ajustar su comportamiento con los clientes a los principios exigidos por esa normativa.

SEGUNDO.- Sentado lo anterior y entrando en primer lugar en el análisis de esa inversión efectuada por la actora mediante la adquisición de un bono, la actora articula su demanda en base a los referidos petitum o solicitudes: Uno considerando perfeccionado el contrato de inversión mediante la adquisición de un bono de BARCLAYS BANK, S.A. garantizado al 100%, más intereses pactados, con restitución a voluntad de la inversora y que se dice que el banco incumplió ya que una vez requerido, no procedió a tal devolución. En este sentido se solicita la condena a la demandada a proceder a la restitución a la actora de la cantidad invertida (60.000.-euros), más intereses contractuales desde el día 2 de febrero de 2007 (fecha de la inversión) hasta el completo pago, así como de la suma de 310,54.-euros en concepto de daños y perjuicios.

Por otro lado, y con carácter subsidiario, considerando que la actora invirtió en bonos "Lehman Brothers", se solicita la nulidad de dicha inversión por falta de consentimiento de la interpelante y por ausencia de objeto determinado, así como por infracción de aquellas normas imperativas que, en este tipo de operaciones, protegen a los consumidores y usuarios, prohíben la publicidad engañosa y ordenan la efectiva información al inversor. Por tales motivos, se solicita la condena a la demandada a restituir a la actora la cantidad invertida (60.000.-euros), incrementada con los intereses legales desde la fecha de inversión (2 de febrero de 2007) hasta la fecha de efectivo pago, más el importe de las comisiones por administración. Finalmente, reitera la demanda una solicitud condenatoria de la entidad financiera demandada en idénticos términos a la anterior, no sobre la nulidad del negocio jurídico, sino la anulabilidad por error esencial en el

objeto, y por dolo, "o por cualquiera de esos vicios del consentimiento.

Así, se desprende del relato fáctico expresado en el escrito de la demanda, que la demandada incumplió con el deber de información que le era exigible por cuanto no le facilitó información sobre la emisión de bonos, ni le informó acerca de que la entidad emisora de esos bonos no era la propia entidad **financiera** sino "Lehman Brothers", entidad que en última instancia era la garante de esos bonos.

TERCERO.- De la valoración conjunta de la prueba practicada, resulta acreditado que la demandada **no entregó folleto informativo de la emisión a la actora**, pero tampoco queda acreditado en absoluto que la actora solicitara el mismo. Asimismo del documento n°. 2 de los aportados con la demanda, extractos bancarios remitidos a la actora derivados de la operación resulta acreditado que aparecían identificados como "GAR BONO CZDO 100%" o en el mejor de los casos como "GAR BONO GZDO 100% EUROSTOXX-50 5 AÑOS", con lo que resulta no identificada claramente a la entidad emisora, que resultaba ser "Lehman Brothers". Atendiendo a la normativa aplicable en esa momento, *Ley de Mercado de Valores y RD 629/93 de 3 de Mayo*, si bien es cierto que la demandada no tenía obligación de entrega del folleto de emisión, no resulta claro que la demandada cumpliera con el deber de información que le era exigible respecto al producto que se adquiría, sus características y riesgos.

Dicha conclusión es a la que debe llegarse respecto del comportamiento de la demandada cuando si le resulta de aplicación la normativa MIDFID conforme a la cual **la actora goza de una clasificación de cliente minorista lo que le otorga un nivel de protección máximo**, a pesar de la simple clasificación que efectúa la demandada en su escrito de contestación. Esta protección no puede limitarse al momento de adquisición del bono sino que se prolonga a lo largo de toda la vida del contrato de asesoramiento financiero. Así, conforme a esa normativa se define esta actividad de asesoramiento como la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, ya sea a iniciativa de este o de la empresa de inversión, y puede consistir en una recomendación no sólo para comprar un producto sino también para mantenerlo o venderlo. Ese consejo personalizado que supone el asesoramiento financiero es lo que hace que las normas de conducta y lealtad que se exigen las entidades que lo prestan, sean mucho más estrictas que en caso de servicios accesorios.

De la valoración conjunta de la prueba practicada en la que tiene especial valor la ausencia de contrato suscrito entre las partes, con información y expresa identificación acerca de la entidad que respondía del capital, creyendo la demandante que era la entidad demandada con quien habla contratado. **En efecto, sorprende que no exista constancia alguna de tal contrato, original o copia, de sus términos y cláusulas, que se encuentre firmado por la demandante, donde consten las características básicas de emisión, así como información de que el producto de inversión que comercializa BARCLAYS BANK S.A, no son depósitos bancarios que conlleven garantía ni obligación alguna por parte de dicha entidad, ni de ninguna de sus filiales, así como del riesgo de pérdida del capital invertido, entre otros importantes extremos.**

Igualmente se echa en falta la práctica de prueba que depusiera como testigo por parte de la entidad bancaria no solo acerca de la efectiva suscripción de contrato, sobre su lectura y comprensión de sus términos por la actora o acerca del cumplimiento de obligación de entrega de la copia al cliente, sino también de la identificación y clasificación de la actora como inversora, que se le hubiera explicado suficientemente las características del producto financiero y sus riesgos, y que la demandante se decidiera por estos bonos, a pesar de haber sido advertida de los riesgos de tal operación.

Por el contrario, **no consta que se le informara que tal producto financiero carecía de la protección de capital al 100%, así como tampoco consta que se le advirtiera de quien era el emisor, que era en realidad "Lehman Brothers" y no BARCLAYS BANK, con expresa advertencia que estaba sujeto a la solvencia de dicho emisor y no de la entidad bancaria.** Así, puede concluirse que la demandada no cumplió de forma diligente con esa obligación de asesoramiento e información al cliente acerca de elementos que resultaban esenciales para decidir acerca de tal inversión.

Debe advertirse, en consideración a las alegaciones expresadas por la demandada, que no se le exige a la entidad interpelada que responda de la buena o mala gestión de "Lehman Brothers", ni se le pide que "adivine" años antes acerca de la posible quiebra de una entidad **financiera** aparentemente sólida y fiable: Lo que se le exige es que hubiera actuado con más diligencia a la hora de proporcionar información a sus clientes acerca de las operaciones inversoras ante cuentas, como resulta ser la demandada, con un perfil marcadamente minorista, tal como resultarla de la clasificación MIDFID, y sobre la cual se despliegan las garantías de protección como tal.

A tal efecto, no resulta creíble la alegación efectuada por la demandada **acerca de la taita de**

diligencia no excusable de la actora por tratarse de una profesional del derecho. En este sentido debe recordarse la pléyade de sentencias de otras tantas instancias en las que son los propios empleados de entidades financieras y bancarias, acostumbrados a dicha actividad, quienes resultan desconocer los entresijos de determinados productos financieros, como pudieran ser, a modo de ejemplo, las permutas financieras o "swaps". En este mismo sentido desconoce esta juzgadora el motivo por el cual la práctica docente universitaria en el área procesal, o incluso como magistrada suplente, pudiera aportar por se conocimientos en el ámbito financiero y do inversión, y que a su vez facultaran a la entidad demandada a faltar a sus elementales deberes de información, asesoramiento o ya incluso de la básica custodia del contrato suscrito.

CUARTO.- Llegamos entonces a la conclusión reflejada de considerar que no consta probada la declaración de voluntad, mediante la prestación del consentimiento, por parte de la actora en la adquisición de un bono BARCLAYS BANK, fecha el día 2 de febrero de 2007, por lo que no se ha acreditado la existencia de dicho contrato.

Debe así recordarse que para que el error en el consentimiento invalide el contrato es necesario que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que hubieren dado lugar a su celebración, que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar, que no sea imputable a quien lo padece y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado. Por último, y como complemento, el error debe ser inexcusable, es decir, que no pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular de acuerdo con los postulados de la buena fe. Si aplicamos estos mismos criterios al caso que nos ocupa es obvio que obligan a estimar los argumentos de la parte actora y concluir que existió incumplimiento de ese deber de información y asesoramiento que impidió a la actora tomar de forma correcta la decisión acerca de la inversión.

En efecto, según el *art. 1261 Cc* para considerar celebrado un contrato exige la concurrencia de los requisitos de consentimiento, objeto y *causa*, y el *art. 1262 Cc* precisa que el primero de ellos se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. El contrato existe entonces "desde que una o varias personas consienten en obligarse" (*art. 1254 Cc*), perfeccionándose "por el mero consentimiento" (*art. 1250 Cc*), y pudiendo "establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente" con una serie de límites (*art. 1255 Cc*).

En definitiva, considera esta juzgadora que concurre vicio en el consentimiento y procede por ello declarar la nulidad del contrato.

QUINTO.- Establece el *artículo 1.108 del Código civil* que "si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriera en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio en el interés legal".

SEXTO.- Por lo que se refiere a las costas procesales, de conformidad con el *art. 394 de la LECn* serán abonadas por la parte demandada.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente y general aplicación

FALLO

Que ESTIMO la demanda interpuesta por D^a. Sara Truyols Álvarez-Novoa, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de D^a. Rafaela , contra la entidad BARCLAYS BANK, S.A., representada por D. Francisco Javier Gaya Font y en consecuencia:

Debo declarar y DECLARO la nulidad del contrato de inversión por falta del consentimiento de D^a. Rafaela , y debo condenar y CONDENO a la demandada a estar y pasar por la precedente declaración y a restituir a la actora la suma de 60.000.-EUROS, incrementada con los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha 2 de febrero do 2007 hasta la fecha en que se restituya, más el importe en junto de las comisiones por administración.

CON EXPRESA CONDENA EN COSTAS a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma pueden preparar por escrito en este Juzgado recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de

Palma (*artículo 455 LECn*).

El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de CINCO DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (*artículo 457.2 LECn*).

Asimismo será precisa la consignación como depósito de 50 EUROS en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del Juzgado, debiendo indicar en el resguardo de ingreso que se trata de un recurso, señalando el código y tipo de recurso.

Inclúyase la presente en el libro de sentencias poniendo en las actuaciones certificación de la misma.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.