

**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA N° 71 DE MADRID.**

C/ Capitán Haya, 66 – 28020

Tfno: 914932900

Fax: 914932904

NIG: 28.079.00.2-2014/0037002

**Procedimiento: Procedimiento Ordinario 579/2014**

Materia: otros asuntos de parte general.

**Demandante:**

PROCURADO D EMILIO GARCÍA GUILLÉN

**Demandado: BARCLAYS BANK SA**

PROCURADOR: Dña. ADELA CANO LANERO

**SENTENCIA N° 1061/2014****JUEZ/MAGISTRADO-JUEZ:** Dña. ANA ALONSO RODRÍGUEZ-SEDANO

En Madrid, a 18 de diciembre de 2.014

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El procurador D Emilio García Guillén, en nombre y representación de XXX, ha presentado el 8 de abril de 2014 demanda de Juicio Ordinario frente a **Barclays Bank, SA** reclamando:

1. CONDENAR a **Barclays** a abonar al actor la cantidad de 21.949,62€ como cantidades indebidamente cobradas o retenidas, más los intereses legales desde la fecha en que debieron ser devueltas o no cobradas.

2.1 DECLARAR la nulidad radical de las órdenes de compra del **Bono Estructurado** BNP SAN POP y del **Bono Autocancelable** emitido por Calyon, por incumplimiento de la normativa imperativa y prohibitiva, falta de transparencia, incumplimientos de las normas de mejor ejecución, abuso de mercado y desproporción, por lo que procede la devolución de las cantidades abonadas por los clientes para la compra de dichos bonos, así como las abonadas en concepto de depósito y administración, y los intereses legales desde la fecha de los respectivos abonos por los clientes. Por lo que procede condenar a **Barclays** a estar y pasar por dicha declaración

de nulidad y abonar al actor la cantidad de 295.823,66€ más los intereses legales a contar desde las fechas de los respectivos pagos.

2.2 Alternativa y subsidiariamente declarar la anulabilidad por vicios del consentimiento del **Bono Estructurado** BNP SAN POP y del **Bono Autocancelable** emitido por calyon, por lo que procede la devolución de las cantidades abonadas por los clientes para la compra de dichos bonos, así como las abonadas en concepto de depósito y administración, y los intereses legales desde la fecha de los respectivos abonos por los clientes. Por lo que procede condenar a **Barclays** a estar y pasar por dicha declaración de nulidad y abonar al actor la cantidad de 295.823,66€ más los intereses legales a contar desde las fechas de los respectivos pagos.

2.3.- Alternativa y susidriariamente, declarar que **Barclays** ha incumplido sus obligaciones contractuales esenciales en la venta y suscripción del **Bono Estructurado** BNP SAN POP y del **Bono Autocancelable** emitido por Calyon, y en particular por incumplir su obligación de ofrecer productos no adecuados, en los términos recogidos en el cuerpo de esta demanda, por lo que procede, declarar resultas las órdenes de compra, y se proceda a la devolución de las cantidades abonadas por los clientes para la compra de dichos bonos, así como las abonadas en concepto de depósito y administración, y los intereses legales desde la fecha de los respectivos abonos por los clientes. Por lo que procede condenar a **Barclays** a estar y pasar por dicha declaración de resolución y abonar al actor la cantidad de 295.823,66€ más los intereses legales a contar desde las fechas de los respectivos pagos.

2.4.- Alternativa y subsidiariamente, que se declare que **Barclays** ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales esenciales en la venta y suscripción del **Bono Estructurado** BNP SAN POP y del **Bono Autocancelable** emitido por Calyon, y en particular por incumplir su obligación de informar del posicionamiento de los bonos, y se proceda a la devolución de las cantidades abonadas por los clientes para la compra de dichos bonos, así como las abonadas en concepto de depósito y administración, y los intereses legales desde la fecha de los respectivos abonos por los clientes. Por lo que procede condenar a **Barclays** a estar y pasar por dicha declaración de resolución y abonar al actor la suma de 295.823,66€ más los intereses legales a contar desde las fechas de los respectivos pagos.

2.5.- Alternativa y subsidiariamente, que se condene a **Barclays** a devolver de comisiones ilícitas no informadas cobradas al actor en la contratación de los bonos autocancelables y que ascienden a 28.360€ en el caso del bono BNP SAN POP; respecto del Bono Calyon la cantidad que se determine por el perito que ha emitido el informe pericial que se acompaña a esta demanda a la vista de la información que en su momento facilite **Barclays**, sino pudiera efectuarse dicho cálculo, la cantidad de 6.550€.

Se imponga expresa condena de costas a la demandada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por Decreto de 10 de junio de 2014, y presentada la contestación en tiempo y forma, se señaló el 1 de octubre de 2014 para la celebración de la audiencia previa al juicio, asistiendo, en debida forma, en la fecha y hora señaladas, la parte actora y la parte demandada. La audiencia se celebró para sus finalidades legales.

TERCERO.- En fecha 17 de diciembre de 2014 tuvo lugar el juicio oral, al que comparecieron la parte demandante y demandada, ambas asistidas de abogado y procurador. El letrado del actor rectifica un error material de la demanda, hecho 18, en el sentido que la pérdida del Bono Caylon asciende a la cuantía de 68.836,90 euros.

Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones en los términos que obran en autos, quedando estos conclusos para sentencia.

CUARTO.- La tramitación de este Juicio Ordinario se han observado todas las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En primer lugar, se va a analizar la pretensión de nulidad de las órdenes de compra del **Bono Estructurado** BNP SAN POP y del **Bono Autocancelable** emitido por Calyon. La causa de nulidad invocada es por existir infracción de normas imperativas protectora de los usuarios bancarios; asimismo, en que no concurre consentimiento en los contratos litigiosos a cauda de la actuación dolosa de **Barclays** que ha incumplido sus obligaciones de informar al cliente.

Las órdenes de compra se adjunta como documentos nº 14 y 15 de la demanda.

SEGUNDO.- Los productos cuestionados son bonos u obligaciones y, como tales, títulos representativos del préstamo que concede el inversor al emisor, que justamente los emite con el fin de captar fondos directamente de los mercados financieros. Como en cualquier otro título de deuda, el emisor se obliga frente al tenedor –el bonista y obligacionista- a devolverle, al vencimiento, el capital principal con unos intereses o rendimientos, que puede ser un rendimiento fijo anual o bien, como sucede en los supuestos objeto de examen, un rendimiento cuya determinación se realiza por referencia al valor de un activo subyacente. Precisamente por ellos bonos se califican en estos casos como “estructurados”, porque la obligación de reembolso y de pago del rendimiento está “estructurada” en función del comportamiento de otros activos.

Y el riesgo de dicho productos radica tanto en una posible insolvencia del emisor de los bonos cuanto en el riesgo de mercado derivado de la evolución del subyacente, esto es, acciones cotizadas en bolsa (acciones BNP Paribas, Banco Santander y Banco Popular en el caso del Bono emitido por Calyon).

El funcionamiento de los bonos estructurados condiciona la obtención de beneficios a que el comportamiento de todos los títulos que conforman la cesta de valores sea igual o superior a su valor inicial en alguna de las fechas de observación (anuales); y si el bono llega a la fecha de vencimiento por no haberse podido cancelar en la fecha de observación, el cliente sufrirá pérdidas relevante si alguna de las acciones termina por debajo de su nivel inicial.

La Comisión Nacional del Mercado de Valores ha publicado, en octubre de 2010, una guía para la catalogación de los instrumentos financieros como complejos o no complejos. Según la propia CNV “la guía tiene como finalidad transmitir al sector y, en concreto a las entidades que presten servicios de inversión, pautas que la CNMV considera adecuadas para el cumplimiento de diversos aspectos de la normativa en vigor a la fecha de emisión de este documento (la guía) y así facilitar su comprensión y a la adaptación de las entidades a la misma”.

Continúa justificando la publicación de esta guía en la conveniencia de conseguir la protección de los inversores en la venta de productos a cliente minoristas que no tengan la experiencia y/o conocimientos suficientes para entender las características y riesgos asociados a dichos productos. El nivel de protección y los requisitos de conveniencia se aplicarán de distinta manera en función de la consideración de complejo o no complejo que el instrumento financiero tenga.

La CNMV cataloga como instrumento financiero no complejo solo aquellos productos transparentes, líquidos y que puedan ser entendidos por los clientes minoristas, excluyendo de tales los instrumentos derivados y otros similares.

Establece la Comisión una enumeración, no exhaustiva, de qué instrumentos financieros son considerados complejos, haciendo una división por tipos:

Acciones: dentro de éstas distingue:

Acciones convertibles.

Acciones Privilegiadas convertibles o con derecho de amortización anticipada (Derivado implícito).

Participaciones Preferentes.

Instrumentos del mercado monetario, bonos y otras formas de deuda titulizada:

Con derivado implícito

Credit Linked Notes.

Instrumentos estructurados cuyo comportamiento está ligado al comportamiento de un índice de bonos.

Instrumentos estructurados cuyo comportamiento está ligado al comportamiento de una cesta de acciones, con o sin gestión activa.

En el mismo sentido el perito D Prosper Lamothe Fernández relata en su informe “Que le Bono **Barclays** autocancelable, cuenta con un alto nivel de estructuración, es complejo por su propia naturaleza, características financieras, funcionamiento real, sistema de emisión y contratación, métodos de valoración de su precio mercado y riesgos específicos que incorporan”.

El producto estructurado analizado es de renta variable sin principal garantizado sobre una cesta “Worst of” al pero de tres subyacente de renta variable (BNP Paribas, Banco Santander y Banco Popular).

Incorpora diversos derivados implícitos de segunda y tercera generación en forma de opciones exóticas barreras Knosk-out y Knock-in y opciones digitales (binarias) de cancelación, sobre de tres activos de renta variable (BNP Paribas, Banco Santander y Banco Popular).

Es un **Bono Estructurado** muy ilíquido con un volumen de emisión de 15 millones de euros (fuente Bloomberg).

En el caso del Bon Calyon su denominación “autocancelable” anticipa que responde a una estructura similar aunque no se haya podido analizar la misma debido a la insuficiencia de información proporcionada por **Barclays**”

En ningún caso estos instrumentos estructurados deber ser comercializados/o clasificados como “productos de renta fija” ni “bonos referenciados” dado que su naturaleza financiera, alto grado de complejidad, características específicas, estructuras de opciones barrera, funcionamiento real, metodología de los modelos de valoración, formación del precio de colocación, forma de negociación en el mercado secundario y riesgos son muy distintos a los productos de renta fija.

La operativa con derivados en forma de opciones exóticas, requiere de un conocimiento específico y no general de los productos y mercados financieros. En este caso las opciones so exóticas de segunda y tercera generación lo cual hace todavía más necesario dichos conocimientos avanzados, así como contar con medios técnicos sofisticados.

La alta complejidad de estos productos aumenta de forma significativa la simetría entre el cliente y el banco. En estas estructuras se dan cita riesgos específicos muy difíciles de detectar y evaluar (efectos dividendos, scrip dividend, operaciones corporativas dilutivas, precio no directamente observable, efectos de los ajuste en las barreras y los valores y los valores iniciales, variabilidad del valor de las opciones implícitas, diferenciales de crédito, etc.) por el cliente no profesional del sector financiero. La asimetría es un riesgo específico en sí mismo, y determina que el ojo humano, cliente, esté en inferioridad frente al ojo financiero, banco.

El informe se adjunta como documento nº 34 de la demanda.

TERCERO.- En lo concerniente a la naturaleza de la relación jurídica entablada entre XXX, padre del actor, y la entidad bancario, estamos ante un cliente perteneciente al segmento de banca privada del Banco que tenía acceso, mediante un gestor personal, a un asesoramiento fiscal, económico, financiero, bursátil, etc, y en el ámbito de ese asesoramiento puntual adquirieron los Bonos. Este extremo es reconocido por el testigo XXX, empleado de **Barclays** que comercializó los productos litigiosos. Estamos, por tanto, ante un contrato de asesoramiento, disponiendo el vigente artículo 63.1 g) LMV, se entiende 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 considerándose que constituya asesoramiento a los efectos de lo previsto en la norma, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizada que se pudieran realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros, las cuales tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial.

CUARTO.- A la fecha de la celebración de los contratos objeto del procedimientos no se hallaban vigentes las Directivas MIFIS, pues la Directiva 2004/39/CE de 21-4-2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (conocida como MIFIS) fue reformada por la Directiva 2006/31/CE, que postpuso la entrada en vigor de la reforma al 1-11-2007, siendo esta también la fecha en que debía ser aplicable el derecho a desarrollarse por los Estados miembros en cumplimiento de lo ordenado por la directiva 2006/73 EDL1973/1520/CE. Del mismo modo, tampoco se hallaba vigente, por lo que no es aplicable, el art.79 bis de la ley del mercado de valores, que fue introducido precisamente en cumplimiento de tales directivas por la ley 47/2007, de 19 de diciembre.

Sin embargo, sí es aplicable la versión de la LMV, vigente por modificación publicada el 23/11/2002, en vigor a partir del 24/11/2002, cuyo Título VII, sobre las normas de conducta, dice:

## Artículo 78

1. Las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito, las instituciones de inversión colectiva, los emisores, los analistas de inversiones en valores e instrumentos financieros y, en general, cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores, deberán respetar las siguientes normas de conducta:

- a) Las normas de conducta contenidas en el presente Título.
- b) Los códigos de conducta que, en desarrollo de las normas a que se refiere la letra a) anterior, apruebe el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministro de Economía, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.
- c) Las contenidas en sus propios reglamentos internos de conducta.

2. El Ministro de Economía y, con su habilitación expresa, la Comisión Nacional del Mercado de Valores podrán establecer que los reglamentos internos de conducta mencionados en el párrafo c) del apartado anterior contengan medidas concretas tendentes a garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en los siguientes artículos de este Título.

## Artículo 79.

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.
- c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios.
- e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.

Estos principios, en cuanto sean compatibles con la actividad que desarrollan, también serán de aplicación a las personas o entidades que realicen análisis de valores o instrumentos financieros.

#### Artículo 82.

1. Se considerará información relevante toda aquella cuyos conocimientos pueda afectar a un inversor razonablemente para adquirir o transmitir valores o instrumentos financieros y por tanto pueda influir de forma sensible en su cotización en un mercado secundario.

Asimismo, ha de citarse también el RD 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios (actualmente derogada por el RD 217/2008, de 15 de febrero pero vigente a la fecha del contrato de autos) dictado con el objeto de contribuir a la transparencia de los mercados y a la protección de los inversores que establece:

#### Artículo 4. Contenido de las órdenes sobre valores.

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

#### Artículo 15. Entrega de documentos contractuales.

1. La entrega al cliente del documento contractual relativo a la operación de que se trate, debidamente suscrito por las partes, será obligatoria en los siguientes casos:

- 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.

Junto con los documentos contractuales se deberá hacer entrega de una copia de las tarifas de comisiones y gastos repercutibles y normas de valoración y de disposición de fondos y valores aplicables a la operación concertada. Para ello bastará entregar la hoja u hojas del folleto en que figuren todos los conceptos de aplicaciones a esa operación.



Será válido, asimismo, que las tarifas aplicables aparezcan expresamente en el contrato, no siendo admisibles las remisiones genéricas al folleto de tarifas, sin hacer entrega del mismo.

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.

Artículo 16. Información a la clientela sobre operaciones realizada.

1. Las entidades facilitarán a sus clientes en cada liquidación que practiquen por sus operaciones o servicios relacionados con los mercados de valores un documento en que se expresen con claridad los tipos de interés y comisiones o gastos aplicados, con indicación concreta de su concepto, base de cálculo y período de devengo, los impuestos retenidos y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar la liquidación efectuada y calcular el coste o producto neto efectivo de la operación.

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.

3. .../... Dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para los clientes.

Además, en el anexo de la disposición se recoge el específico Código general de conducta de los mercados de valores, del que conviene ahora resaltar:

Artículo 2. Cuidado y diligencia.

Las entidades deben actuar con cuidado y diligencia en sus operaciones, realizando las mismas según las estrictas instrucciones de sus clientes, o, en su defecto, en los mejores términos y teniendo en cuenta los reglamentos y los usos propios de cada mercado.

Artículo 4. Información sobre la clientela.

1. Las entidades solicitarán de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia

inversora y objetivos de inversión cuando esta último sea relevante para los servicios que se vayan a proveer.

#### Artículo 5. Información a los clientes.

1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a 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 deberá 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.

Asimismo, resulta aplicable al supuesto enjuiciado el contenido de la Circular 3/2000, de 30 de mayo de la CNMV, vigente a la fecha de los contratos, que recoge lo siguiente:

“No obstante en los últimos tiempos se ha apreciado que las entidades de crédito celebran con los inversores contratos financieros cuyas características económicas y jurídicas son diversas. Dentro de éstos pueden distinguirse dos grandes categorías: En primer lugar, aquéllos contratos bancarios en los que se asegura por la entidad tomadora la devolución del principal; estos contratos pueden considerarse como depósitos -contratos típicos de la actividad de las entidades de crédito- que no requieren trámite alguno ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores, aunque el tipo de interés esté referenciado a la evolución de un valor cotizado o un índice. Existen otros sin embargo, que deben ser incluidos dentro del concepto de instrumento financiero a que se refiere el artículo 2 de la Ley del Mercado de Valores: Son aquellos contratos en los que la entidad de crédito no se compromete a la devolución íntegra e incondicionada del principal, quedando su restitución vinculada a la evolución de uno o más valores cotizados o de un índice.

Desde la entrada en vigor de la Ley 37/1998, y habida cuenta del aumento en los últimos tiempos de la utilización de estos contratos por parte de las entidades de crédito, se ha puesto de manifiesto que los modelos de folletos establecidos para los

valores negociables en general resultan poco adecuados para este tipo de producto, lo que hace necesario regular un nuevo modelo, específico para estos contratos, que se adapte mejor a sus características y al tipo de inversor al que se ofrece.

Por ello esta Circular tiene por objeto establecer exclusivamente un nuevo modelo de folleto para estos contratos a fin de ofrecer al inversor una información más clara y sencilla de sus características y facilitar a las entidades de crédito, que están sometidas a supervisión, su contratación...

Contratos financieros atípicos: Son contratos no negociados en mercados secundarios organizados por los que una entidad de crédito recibe dinero o valores, o ambas cosas, de su clientela asumiendo una obligación de reembolso consistente bien en la entrega de determinados valores cotizados, bien en el pago de una suma de dinero, o ambas cosas, en función de la evolución de la cotización de uno o varios valores, o de la evolución de un índice bursátil, sin compromiso de reembolso íntegro del principal recibido.

Modelo CFA1: Se trata de un folleto para los contratos financieros atípicos que las entidades de crédito celebren con sus clientes, cuyos capítulos I, II y III se incorporan como anexo 8 de esta Circular.

Las entidades de crédito que suscriban con su clientela contratos financieros atípicos incorporarán necesariamente al contrato que firmen con sus clientes el texto del folleto informativo modelo CFA1 verificado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Este folleto cumplirá asimismo la función del tríptico regulado en el artículo 22 del Real Decreto 291/1992.”

## ANEXO 8

### Folleto Informativo Modelo CFA1

#### CAPÍTULO I

#### Circunstancias relevantes a considerar sobre la oferta de contratos financieros atípicos

##### I.1 Información sobre el oferente y sobre los valores que configuran el subyacente.

Se identificará la entidad oferente del contrato financiero atípico, se pondrá de manifiesto si esta entidad tiene un folleto registrado en la Comisión Nacional del Mercado de Valores y de qué modelo de folleto se trata; en caso de no tener un folleto registrado se incluirá la mención de que las cuentas anuales del último ejercicio están disponibles en su domicilio social y en los registros públicos de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Si la entidad o entidades emisoras de los valores que configuran el subyacente no cotizan en España, se incluirá una breve descripción de la misma (actividad, nacionalidad, bolsas donde cotiza, capitalización bursátil y principales magnitudes económicas) y se mencionará que se encuentra a disposición de los inversores en el domicilio de la entidad de crédito información traducida al español

relativa a los estados financieros más recientes que la entidad emisora o emisoras de los valores subyacentes estén obligadas a remitir en la Bolsa o Bolsas donde coticen.

### I.2 Riesgos de la operación.

Se pondrán de manifiesto los riesgos u otras circunstancias relevantes del contrato habida cuenta de sus características, al asociarse un depósito y una opción ; deberá advertirse, especialmente, del riesgo de pérdida total o parcial del principal invertido, de los riesgos de iliquidez que la imposición o el contrato conlleva, de los riesgos de no poder deshacer la posición cuando las condiciones de mercado así lo aconsejaran (o de poder deshacerse, mención de los gastos que esto conlleva).

Asimismo se pondrá de manifiesto los riesgos del subyacente (valores) en función de la evolución de la cotización y del tipo de opción asociada, si el valor cotiza en un país fuera del territorio nacional, se especificará, si existen, las limitaciones que tendrá el suscriptor cuando se le entreguen los valores. En su caso, reproducción de las advertencias y consideraciones que hubiera efectuado la Comisión Nacional del Mercado de Valores, conforme a lo previsto en el artículo 20 apartado 6 del Real Decreto 291/1992, de 27 de marzo, sobre emisiones y ofertas públicas de venta de valores.

## CAPÍTULO II

### Condiciones del contrato financiero e información sobre el subyacente

#### II.1 Características del Contrato Financiero.

II.1.1 Características generales.-Descripción detallada de la estructura del producto, diferenciando la asociación de un depósito y una opción sobre los valores subyacentes, de tal forma que se identifiquen claramente los supuestos de ejecución de uno u otro producto a vencimiento.

II.1.2 Determinación de las variables que condicionen el contrato financiero.-Precios inicial y final, métodos de valoración de la opción, variables significativas (volatilidad, dividendos, correlaciones, etc), fechas relevantes (período de suscripción, valoración, vencimiento, etc.), ajustes en variables significativas (supuestos de interrupción del mercado, agentes de cálculo, etc.)

II.1.3 Rentabilidad del contrato financiero. - Diferencias y supuestos de rentabilidades en función de la evolución del valor del subyacente. Se incluirá un cuadro sinóptico y una explicación detallada de cómo evolucionará la rentabilidad del producto en función de la evolución del subyacente. Se desglosará la rentabilidad de cada uno de los componentes de la operación (cuenta financiera a plazo, contratación de la opción, etc).

II.1.4 Liqueidez del contrato y supuestos de cancelación anticipada.-Deberá incluirse con todo detalle en qué supuestos puede cancelarse anticipadamente el contrato por ambas partes, así como los gastos que dicha cancelación pueda suponer. Por otra parte, se incluirá la liquidez del referido contrato o en su defecto, la inexistencia de esta.

II.2 Información sobre los valores del subyacente.-Mercados organizados donde cotiza, evolución de la cotización y de la volatilidad de los valores que sirven de subyacente durante un período de tiempo igual al de duración del contrato (si el contrato se

realizara por un plazo de dos años deberá incluirse un cuadro de evolución de las cotizaciones de los últimos dos años), ley de circulación de los valores que se utilizan como subyacente, restricciones a la transmisibilidad, caso de que existan.

II.3 Procedimiento de colocación.-Colectivo al que se dirige, plazos de suscripción, forma de suscribir y ejecución de la suscripción, entidades colocadoras y procedimiento de colocación, gastos de cualquier tipo que conlleve la operación.

II.4 Régimen fiscal del contrato financiero.-Se incluirá información relativa al régimen fiscal aplicable al contrato financiero, haciendo especial hincapié en el tratamiento que la operación tendrá en la imposición personal sobre la renta de las personas físicas.

### CAPÍTULO III

Personas que asumen la responsabilidad por el contenido del folleto

III.1 Nombre, apellidos, número de documento nacional de identidad o documento de identificación personal y cargo o poderes de la persona o personas naturales que, en representación de la entidad oferente, asumen la responsabilidad por el contenido del folleto.

III.2 Confirmación por parte de dicha persona de la veracidad del contenido del folleto y de que no se omite ningún dato relevante ni induce a error.

III.3 Se hará mención a que el folleto está inscrito en los registros oficiales de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y se hará constar la naturaleza del mismo (folleto modelo CFA1).

Se reproducirá la siguiente expresión: "El registro del folleto por la Comisión Nacional del Mercado de Valores no implica recomendación acerca de la suscripción del contrato a que se refiere el mismo, ni pronunciamiento en sentido alguno sobre la solvencia de la entidad oferente, la rentabilidad del contrato o la solvencia de la entidad emisora de los valores objeto del subyacente."

QUINTO.- El incumplimiento de las obligaciones y deberes establecidos en la Ley de Mercado de Valores para las entidades que presten servicios de inversión unas veces afectará al contenido obligacional de la relación negocial, otras incidirá en el momento de la perfección del contrato afectando a su posible validez, y en otro puede implicar únicamente una infracción de carácter administrativo.

La Ley de Mercado de Valores no determina consecuencias del incumplimiento por las entidades que prestan servicios de los deberes establecidos en el art. 79 bis, siendo de señalar que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013, en una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia número 12 de Madrid, declaró que corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado Miembro regular las consecuencias contractuales que deben derivarse de la inobservancia, por parte de una empresa de inversión que ofrece un servicio de inversión, de las exigencias de evaluación establecidas en el artículo 19, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39, respetando los principios de equivalencia y efectividad.

A propósito el error como vicio del consentimiento, el artículo 1.266 del Código Civil exige que recaiga sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

La jurisprudencia viene señalando de forma constante y reiterada que no sólo ha de ser esencial, sino también inexcusable, requisito este último que debe ser apreciado en atención a las circunstancias del caso y que se erice en una medida de protección para la otra parte contante en cuanto pudiera ser perjudicial para sus intereses negociables una alegación posterior de haber sufrido error que lógicamente escapaba a sus previsiones por apartarse de los parámetros normales de precaución y diligencia en la conclusión de los negocios, pero que en absoluto puede beneficiar a quien lo ha provocado conscientemente en la otra parte (STS 13-2-2007). El error es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, y, de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error sino también las del otro contratante, pues la función básica de ese requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, infundada por la declaración. A la hora de apreciar la excusabilidad del error, la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, y así, es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y por el contrario, la diligencia exigible es menor cuanto se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto, siendo preciso, por último, para apreciar esa diligencia exigible, valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

SEXTO.- Debe ser examinado a continuación el cumplimiento del deber de información de la entidad bancaria demandada y analizar si XXX pudo obtener un conocimiento exacto del alcance de los productos suscritos determinante de una correcta formación de voluntad o concurrió error.

Para ello es necesario partir de dos premisas, una, que estamos en presencia de contrato especulativos y de alto riesgo. Segunda, que procede calificar a XXX como cliente minorista según la redacción vigente del artículo 78 bis.1 de LMV y artículo 61 del RD 217/2008 EDL 2008/4, por lo que no se les presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos.

Siendo así, deben exigirse con especial rigor los deberes precontractuales de información, que debe ser exquisita, clara, precisa, exhaustiva y comprensible para el cliente no experto en cuestiones financieras.

La entidad bancaria demandada sostiene que cumplió fiel y puntualmente con las obligaciones de información legalmente exigibles y que el Sr XXX estaba en condiciones de entender las características de los productos contratados. Esta afirmación se basa en los siguientes datos:

1º) Que la suscripción de los productos litigiosos se llevaron a cabo en el contexto de las reuniones periódicas que los Srs XXX y el demandante mantenían con el Sr González para repasar sus inversiones. Que el trascurso de esas reuniones se presentó al progenitor del actor la operativa del producto para lo cual el Sr González utilizó el folleto comercial elaborado por **Barclays** y se advirtió de forma clarísima que si contrataban el Bon Sector Financiero y el Bono FER, TEF asumían un riesgo de pérdida del capital.

2º) Que cuando los Srs XXX y el demandante suscriben los Bonos Autocancelables ya tenían experiencia previa en la suscripción de productos parecidos, entendían el funcionamiento de un **Bono Estructurado** y habían asumido riesgos inversores con anterioridad.

Para resolver sobre la cuestión litigiosa, debe precisarse que la relación de XXX y la entidad bancaria **Barclays** se inicia en el año 2005, cuando el primero cuenta con 75 años, con el objeto de invertir la cantidad de 1.017.990 euros, que se había obtenido por la venta de un terreno; estas afirmaciones no son discutidas por la entidad bancario y, además, resultan acreditadas por los testimonios prestados por XXX y por XXX.

La entidad bancaria presentó al padre del demandante una propuesta de inversión, que se incorpora como documento nº 8 y 9 de la demanda. En lo concerniente a esta propuesta, el perito Sr Lamonte Fernández refiere en el acto del juicio que los productos financieros que se contemplan en la misma suponen un riesgo medio-bajo; que el perfil inversor del Sr XXX era medio-bajo. Asimismo, el perito D Julián Barrios Sánchez, propuesto a instancia de la demandada, indica que el perfil del Sr XX es el de un inversor moderado; que no era un inversor especulativo; que los productos incluidos en la propuesta de inversión se pueden calificar de “riesgo medio-bajo”.

Es cierto que el padre del demandante invirtió en un **Bono Estructurado** denominado “Cesta Autocancelable Acciones a 5 años”. Ahora bien, este bono garantizaba el capital invertido a diferencia de los productos litigiosos.



Los datos anteriores evidencian, que el Sr XXX cuando firma las órdenes de compra no tenía conocimientos, ni experiencia para comprender la dinámica y riesgos de los productos que contrataba.

En lo concerniente a la información suministrada al cliente, solo consta la que aparece en las órdenes de suscripción de los Bono Sector Financiero y el Bono FER, TEF (documentos 14 y 15 de la demanda).

Pues bien, los términos en que aparecen redactadas la órdenes de contratación son insuficientes para obtener un conocimiento cabal de lo que verdaderamente constituyen su objeto como puede observarse de la simple lectura de los documentos aportados por la demandante. No cumplen el contenido mínimo que recomienda la Circular 3/200 de la CNMV.

Los folletos comerciales elaborados por la entidad **Barclays** y los documentos con los términos y condiciones definitivos de la emisión (documentos nº 7 a 10 de la contestación a la demanda), no aparecen suscritos por XXX. Sin embargo, era práctica habitual del banco que los clientes firmasen la documentación que se les entregaba, como revela el documento nº26 de la demanda. Siendo así, no goza de credibilidad la declaración testifical de XXX sobre que explicó a los Srs XXX y al actor la operativa de los productos sirviéndose de folletos comerciales. Además, no puede obviarse su subjetividad en cuanto empleado de **Barclays** que comercializó los productos cuya nulidad se pretende.

En base a lo anterior se puede concluir, que la entidad bancaria ofreció un producto inadecuado al perfil de riesgo del cliente. Además, no se cumplió el deber informativo que exige la legislación vigente aplicable al caso, no consta que se le haya proporcionado al actor, ni a su padre, la documentación e información necesaria para conocer el verdadero contenido y alcance de las operaciones que concertaban, y de los riesgos concretos que tenían los contratos que suscribieron, lo que implica que prestaron el consentimiento viciado por un error invencible, que determina la nulidad de los contratos de conformidad con lo establecido en el artículo 1261 del cc.

SÉPTIMO.- Las consecuencias de la nulidad es la restitución de las respectivas prestaciones, de las cosas que hubieren sido materia del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses, conforme a lo dispuesto en el artículo 1303 del Código civil.

Al respecto, la STS 5 de marzo de 2010 señala “que la jurisprudencia ha sido reiterada en un sentido de que el precepto tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador



evitando el enriquecimiento injusto”... como dicen las sentencia de 11 de febrero de 2003, 6 de julio de 2005 y lo reiteran las de 22 de abril de 2006 y 23 de junio de 2008. Ya la más antigua sentencia de 19 de junio de 1981 advirtió que “la declaración de nulidad del contrato lleva de suyo aparejada el reintegro de aquello que el comprador hubiera abonado, abonos que comprenden, además de la devolución del precio y de sus intereses, las de todos los gastos por el mismo sufragados, como consecuencia de la transmisión...”.

Y matiza la doctrina que la indemnización alcanza al interés negativo o “interés de confianza” que resulta de cotejar la situación en que estaría la parte perjudicada si no hubiese celebrado el contrato o hubiese conocido desde el principio su invalidez, con la situación actual en que encuentra ahora, sin que el alcance al llamado interés positivo que resulta de comparar la situación provocada por la invalidez, con la que existiría si hubiese habido validez y cumplido los efectos del contrato.

Partiendo de lo anterior, la entidad bancaria demandada debe restituir al actor las pérdidas sufridas a consecuencia de los contratos cuya nulidad ha sido declarada y que son las siguientes:

- **Bono Estructurado** BNP SAN POP: 256.676196 euros.
  - **Bono Autocancelable** emitido por Caylon: 68.836,90 euros.
  - Comisiones cobradas en concepto de depósito y administración: 7.516,70 euros.
- TOTAL: 333.030,56 euros.

Los extremos anteriores resultan acreditados mediante el documento nº 37 de la demanda.

OCTAVO.- Resta abordar lo relativo sobre la condena a la entidad demandada abonar al actor la cantidad de 21.946,62 euros como cantidades indebidamente o retenidas que se especifican en el hecho quinto de la demanda.

Para resolver esta cuestión cobra especial relevancia el informe pericial elaborado por D Julián Barrios Sánchez. En la página 62 del informe se expone lo siguiente: “Por todo lo expuesto se concluye que las acusaciones realizadas en la demanda contra **Barclays** no son ciertas. En dos de las operaciones listadas, **Barclays**, como es práctica habitual ha cobrado unas comisiones del 0,4% y del 0,85% en la suscripción de orden de compra del **Bono Estructurado** BNP, SAN, POP (3.400,29 euros), y en la orden de compra del Bono garantizado eurostroxx50win el día 30 de mayo de 2008 (24 euros). Comisiones que según nuestro propio criterio están dentro de los márgenes cobrados habitualmente por las entidades financieras. En cuanto al resto de las operaciones incluidas en el hecho quinto de la demanda, o bien estamos ante traspasos de fondos (en cuyo caso no hay diferencias de importes sino el traslado de estos de una inversión a otra), o bien estamos

ante retenciones fiscales (en cuyo caso lo único que hace **Barclays** es retener parte de la plusvalía obtenida en el contrato de liquidación de una versión para cumplir con una obligación impuesta por una normativa fiscal”.

Ocurre que la parte demandada, incumpliendo el contenido del artículo 217 LEC, no ha aportado datos de los que se desprenda que informó al cliente sobre la existencia de dichas comisiones. Por tanto, la entidad bancaria debe abonar al actor la cantidad de 3.424,29 euros, a tenor de la normativa referida en el hecho cuarto de la resolución.

NOVENO.- En cuanto a las costas, al haberse estimado en los sustancial las pretensiones deducidas en la demanda, de conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponerlas a la parte demandada.

### FALLO

Que, estimando la demanda formulada por el Procurado Sr García Guillen, en nombre y representación de XXX, contra Popular **Barclays** Banks, SA, representada por la Procurador Sra Cano Lantero, se declara la nulidad de las órdenes de compra del **Bono Estructurado** BNP SAN POP y del **Bono Autocancelable** emitido por Caylon; en consecuencia, procede condenar a **Barclays** a abonar al actor la cantidad de 333.030,56 euros más intereses legales a contar desde las fechas de sus respectivos pagos.

Asimismo, se condena a la entidad bancaria a que abone al actor la cantidad de 3.423,29 euros, más los intereses legales desde la fecha de sus respectivos pagos.

En cuanto a las costas, se imponen a la parte demandada.

Notifíquese esta Sentencia a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y contra ella cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN que deberá interponerse antes este Juzgado en el plazo de VEINTE DÍAS contados desde la notificación de esta sentencia que será resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid.

La admisión del recurso precisará que, al presentarse, se haya consignado en la cuenta de Depósitos y Consignaciones número 0030-1845-00-3250 (cuenta del juzgado) –XXX (nº del procedimiento con cuatro cifras, anteponiendo, en su caso, los ceros necesarios)-XX (dos últimas cifras del años del procedimiento) abierta a nombre del Juzgado en la entidad Banesto el DEPOSITO de 50 € exigido por la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial en redacción dada por la L.O 1/09).

Llévese esta sentencia al Libro de su clase dejando testimonio suficiente en los autos.



## **abogados**

Calle Gran Vía 78, 6 Dcha  
MADRID

Así por esta mi sentencia, juzgando definitivamente en esta instancia, la pronuncio, mando y firmo.

El/la Juez/Magistrado/a Juez.

**PUBLICACIÓN:** en la fecha de 18/12/2014 fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.