



**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 23
BARCELONA**

Procedimiento: Juicio Ordinario 771/13-1i

PARTE ACTORA: D. [REDACTED]

Letrado: D. Xavier Teixidor Cayuela

Procurador: D. Sergi Bastida Batlle

PARTE DEMANDADA: IPME 2012, S.A.

Letrada: D^a Anna Isabel Vilà Sàiz

Procurador: D. Leopoldo Rodés Menéndez

Sergi Bastida Batlle
Procurador dels Tribunals
Tel. 93 232 36 63 - Fax 93 232 21 44
e-mail: sergibastida@barcelona.cgpe.net
23 JUN. 2014
FECHA NOTIFICACIÓN

1/12

RECEBIDO
20-06-14 / 23-05-14

Objeto del juicio: acción de nulidad del contrato, anulabilidad e indemnización de daños y perjuicios

SENTENCIA Nº 112/14

Que dicto yo, D^a M^a Jesús Garayoa Arrasate, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 23 de BARCELONA, en esta ciudad, a 16 de junio de 2014

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 18 de junio de 2013 se presenta demanda de juicio ordinario de reclamación de cantidad por el Procurador d. SERGI BASTIDA BATLLE en representación de d. [REDACTED] contra BANC DE LA PETITA I MITJANA EMPRESA, S.A. (BANKPIME, S.A. -hoy IPME 2012, S.A) dictándose Decreto de fecha 2 de septiembre de 2013, admitiéndose la demanda y dándose traslado de la demanda a la otra parte por veinte días hábiles.

Solicitada por la parte demandada la intervención provocada de CAIXABANK, S.A. fue desestimada por Auto de 7 de enero de 2014.

SEGUNDO.- Contestada la demanda en tiempo y forma por la parte demandada, se dictó diligencia de ordenación de fecha 20 de enero de 2014 por la que se convocó a las partes para la celebración de la audiencia previa para el día 13 de marzo de 2014, a las 13.00 horas.

TERCERO.- A dicha audiencia previa, celebrada el día 13 de marzo de 2014, comparecieron las partes, con la debida asistencia y representación. No siendo posible llegar a un acuerdo, se fijaron los hechos controvertidos. La actora propuso como prueba la documental por reproducida. La parte demandada propuso la documental por reproducida, más documental y testifical. Toda la prueba propuesta fue declarada pertinente y se señaló vista para el día 20 de mayo de 2014 a las 12.00 horas, citándose a las partes.

CUARTO.- La vista se celebró el día señalado, 20 de mayo de 2014. Tras la práctica de la prueba se emitieron las conclusiones por las partes, quedando las actuaciones

Administración de Justicia de Catalunya - Departament de Justícia - Registre de la Generalitat de Catalunya



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se reclama en el presente procedimiento por la parte actora se declare la nulidad de la orden de compra en virtud de la cual se contrataron por el actor y por intermediación de la demandada los bonos islandeses "Kaupthing Bank" con un nominal de 13.000 euros por falta de consentimiento así como que se declare, en su caso, la nulidad del contrato de depósito o administración de valores que pudiera haberse firmado consecuencia de la contratación de los citados bonos y consecuentemente se condene a la demandada a restituir al actor la cantidad de 13.000 euros así como los intereses legales de de la fecha de su depósito y hasta su total pago, previa deducción de las cantidades recibidas en concepto de intereses por los referidos bonos durante los años 2007 y 2008. Con carácter subsidiario ejercita la acción prevista en el art. 1101 CC solicitando se declare la responsabilidad contractual por incumplimiento del demandado de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información establecidas en la ley del Mercado de Valores frente a su cliente y en consecuencia se le indemnice al actor por los daños y perjuicios ocasionados en la cantidad de 13.000 euros previa devolución de los intereses percibidos por los bonos "Kaupthing Bank" además de los intereses legales a contar desde la fecha de cargo de los bonos en la cuenta del actor; todo ello con imposición de costas al actor.

Refiere el actor que junto con su padre, d. [REDACTED], que falleció el pasado 24-12-2009 y del que es heredero el hoy actor, eran clientes de la entidad demandada así como de la actual Caixabank, contaban con la confianza de la demandada y sus empleados para que les asesorasen sobre qué productos les convenían en relación con sus ahorros. Así, alega que en el año 1996 eran ya clientes de La Caixa y que en julio de 2007 mediante la intermediación de la ahora demandada contrataron los bonos conocidos como "Kaupthing Bank" por un nominal de 13.000 euros, ofreciéndose al actor por la entidad demandada como un producto de renta fija y señalando que no se le entregó ningún tipo de documentación por la entidad demandada pese a que se les ha requerido a la demandada y a Caixabank, manifestando que no recuerda si firmó un contrato de depósito o administración de valores o una orden de compra de los referidos bonos. Manifiesta la parte actora que la información facilitada en relación al producto tampoco fue cierta atendiendo el perfil minorista del actor siendo que el asesoramiento y los consejos formaban parte de las relaciones entre la entidad bancaria y los clientes, por lo que puede hablarse de una gestión de asesoramiento y así la propia CNMV reconoce que en el mercado español las entidades suelen prestar servicios de asesoramiento en materia de inversiones conjuntamente con la actividad de comercialización.

En cuanto el perfil del actor manifiesta que tanto el mismo como su padre son personas que siempre habían buscado un riesgo cero. Manifiesta a su vez que durante los años 2007 y 2008 percibieron intereses siendo a partir de enero de 2009 cuando al no recibir interés se puso en contacto con la entidad demandada y es cuando conoció que su dinero se había invertido en un producto de alto riesgo.

Respecto a las obligaciones de la demandada manifiesta que tiene obligación de lealtad, transparencia y diligencia conforme a la LMV de 1988 y de 2007 (si bien está entró en vigor posteriormente a la contratación que nos ocupa) siendo que la entidad financiera que interviene profesionalmente en la adquisición por parte de un cliente de un determinado producto financiero en el mercado de valores tiene la obligación esencial de informar al cliente, ocultándose al actor el riesgo de pérdida del total nominal de la inversión siendo que se ofertó al actor como un depósito de renta fija, con un término máximo de amortización de cinco años y como un producto seguro y si bien vencían en el año 2049 podía ser rescatado o amortizado a petición del cliente al cumplirse los cinco años de emisión siendo que sin embargo la posibilidad de amortización anticipada era una opción del emisor.

A su vez señala el actor que amparados en la confianza con la entidad demandada suscribieron una operación que consideraban de renta fija, refiriendo que los contratos de depósito o administración de valores son contratos de adhesión en el que no intervinieron los actores y suministrándose a los mismo una información que no era veraz lo que determina el error en el consentimiento de los actores debiendo declarar la nulidad con las consecuencias recogidas en el art. 1303 CC. A su vez refiere que la contratación de las participaciones preferentes objeto del presente procedimiento es nula de pleno derecho porque no hubo un consentimiento por "error in negotio" por lo que siendo el consentimiento un elemento esencial con arreglo al art. 1261 CC el contrato es nulo de pleno derecho, refiriendo por ello la imposibilidad de la caducidad así como destacando el vencimiento perpetuo.

En cuanto a la normativa aplicable refiere la aplicación de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores así como el RD 629/1993, de 3 de mayo y la Ley general para la defensa de los Consumidores y Usuarios, en especial el art. 2.1. Por último refiere la mala fe o negligencia de la demandada en la comercialización y la inexistencia de actuación contra los actos propios del actor.

La demandada se opone a la demanda solicitando la desestimación de la misma con imposición de costas al actor. Refiere en primer lugar la caducidad de la acción de anulabilidad en cuanto el actor ejercitada una acción de nulidad de la orden de compra y del contrato de depósito y administración de valores por inexistencia de consentimiento reputando la existencia de falta de información esencial a la falta de consentimiento si bien es jurídicamente incompatible hablar de nulidad y anulabilidad de la acción y así respecto a la acción de anulabilidad refiere la aplicación del art. 1301 CC en cuanto han transcurrido cuatro años desde la consumación de los contratos que en este caso coincide plenamente con la fecha de la suscripción, por lo que siendo la suscripción en julio de 2007 e interponiéndose la demanda en 2013 la acción ha caducado.

En cuanto a la nulidad radical referida por el actor por incumplimiento objetivo de la obligación de informar manifiesta la demandada que no existe la misma en cuanto en la contratación no hubo nunca error del actor, no probando el actor la voluntad subyacente que ahora dice que tenía fuera de la que realmente concurría al tiempo de la contratación siendo que el error en el consentimiento sería un vicio en la formación de la voluntad y por ello sometido al régimen de caducidad de la acción



Refiere a su vez la falta de legitimación pasiva para restituir un importe no cobrado por la demandada en cuanto la misma no era propietario-vendedor de los títulos y en modo alguno percibió el importe referido de contrario sino que fue la entidad KAUPTHING BANK quien vendió y cobró dicho importe y quien pagó los intereses y dividendos, siendo que el contrato firmado entre las partes en el presente procedimiento fue un contrato de custodia y administración de valores por lo que el Banco cobra una cantidad independientemente de los valores que se tengan, dando curso a las órdenes que soliciten los clientes.

A su vez, refiere el demandado que el aprovechamiento económico del actor consecuencia de la ejecución de la orden de compra es una ratificación o convalidación del negocio conforme al art. 1310 CC refiriendo que el actor recibió 1093,90 euros que en todo caso deberá descontarse de la hipotética condena. En cuanto al perfil del actor refiere que si bien su perfil es de "inversor no cualificado" según la normativa pre Mifid o "minorista" (Mifid) pueden existir clientes minoristas con perfil agresivo refiriendo que el actor habría invertido en productos similares.

Manifiesta la demandada la inexistencia de un contrato de asesoramiento con la actora por lo que conforme al art. 63 LMV se cumplen las obligaciones con la información sobre el producto y el estado de la oferta diferenciando el servicio de "asesoramiento" con el de "recepción y transmisión de órdenes", por lo que siendo que la demanda no comercializaba nada sino que simplemente intermediaba en las órdenes de compra que les cursaban sus clientes no podía ni debía asesorar ninguna inversión financiera cumpliendo sus obligaciones ejecutando las indicaciones (órdenes de compra o de venta) que le daban sus clientes.

Añade el demandado que el actor no acredita que su voluntad interna y verdadera fuera la de adquirir títulos de renta fija seguros en cuanto ya había adquirido anteriormente productos similares de riesgo siendo imposible que el actor pensara que estaba adquiriendo títulos de renta habida cuenta la información que se le suministró, recibiendo periódicamente información detallada de la inversión. Señala así la demandada la plena validez y eficacia de la orden de compra no existiendo vulneración de ninguna norma prohibitiva o imperativa. A su vez refiere que no ha existido ningún incumplimiento contractual por lo que deben decaer las pretensiones relativas a la indemnización de daños y perjuicios en cuanto el demandado solo ha ostentando la custodia de los títulos valores por lo que no ha sido parte de las compraventas ni puede por ello considerarse al mismo sujeto pasivo de una acción de resolución contractual refiriendo además que no consta que se haya intentado la venta del producto, por lo que no se ha materializado ningún daño, no acreditando tampoco cual sería el valor actual del producto ni acreditándose la relación de causalidad entre el daño reclamado y la conducta del demandado en cuanto la reclamación no deriva de la ignorancia sobre los aspectos del productos ni de la inadecuación a los objetivos de inversión del actor sino de la insolvencia o crisis financiera de la entidad KAUPTHING BANK.

SEGUNDO.- Se ejercitan por la actora la acción de nulidad de los contratos de

adquisición de los bonos islandeses "Kaupthing Bank" por falta de consentimiento así como que se declare la nulidad del contrato de depósito o administración de valores y con carácter subsidiario se declare la responsabilidad de la demandada por el incumplimiento de sus obligaciones relativas a los deberes de diligencia, lealtad e información. Señala la actora en su demanda que en el año 2007 los sres. [REDACTED] y [REDACTED], mediante la intermediación de la demandada, contrataron los bonos referidos, manifestando la falta de documentación alguna relativa a tal contratación, pese a haber requerido previamente a la demandada la entrega de la documentación y señalando que no recuerda qué tipo de documentación firmó cuanto se le ofertó el producto, por lo que debe señalarse que la acción ejercitada se encuadra dentro de la acción de anulabilidad relativa al vicio del consentimiento no a la nulidad por falta total de consentimiento. Con carácter subsidiario ejercita la acción prevista en el art. 1101 CC refiriendo el incumplimiento de las obligaciones de la demandada.

Con carácter previo al estudio de las acciones ejercitadas debe señalarse que las participaciones preferentes se encuentran reguladas a través de la disposición adicional segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, introducida en ésta por la Ley 19/2003, de 4 de julio, modificada por el art. 1.10 de la Ley 6/2011, de 11 de abril (BOE de 12 de abril), por la que se transpone a nuestro Derecho la Directiva 2009/111/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, en función, especialmente, de determinar las condiciones para admitir como recursos propios de las entidades de crédito a los que denomina instrumentos de capital híbridos, entre los que se incluye la participación preferente. La normativa ha sido parcialmente modificada nuevamente por el Real Decreto -ley 24/2.012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito (intervenidas) publicado en el BOE 31/08/2.012 y que entró en vigor el mismo día. Dispone la D.A. 2ª de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros los requisitos para la computabilidad de las participaciones preferentes como recursos propios y régimen fiscal aplicable a las mismas así como a determinados instrumentos de deuda.

Las participaciones preferentes tienen jurídica y contablemente en los balances de la entidad que las emite una función eminentemente financiera por disposición legal, equiparable a la función del capital social de la entidad y demás elementos componentes del patrimonio neto, es decir, computa como recursos propios de la entidad de crédito emisora, muy distinto y distante al concepto de depósito a plazo o vista (pasivo de la entidad) del que proceden los fondos y, que determina que el dinero invertido en las mismas esté sujeto por disposición legal y de forma permanente a la cobertura de las pérdidas del emisor, lo que acarrea el riesgo de la pérdida total de la inversión.

Como característica de las participaciones preferentes, a diferencia de otras posiciones jurídicas (como las de depositante de dinero o de obligacionista ordinario), la participación preferente no atribuye derecho de crédito contra la entidad de crédito emisora por el que su titular quede facultado para exigir a ésta la restitución del valor nominal invertido en ella bajo determinadas circunstancias de

tiempo o vencimiento y así el inversor puede no vender con carácter inmediato sus preferentes ya que no existe garantía de que pueda producirse una negociación activa en el mercado secundario o incluso que aun admitidas a negociación no encuentre compradores, debiéndose significar que el termino preferente es equivocado pues no significa que los titulares de esas participaciones ostenten la condición de acreedores privilegiados ya que en el orden de prelación se sitúan únicamente por delante de los accionistas ordinarios. En definitiva se trata de un instrumento financiero por el que el inversor participa como participe preferente en el accionariado del emisor sometiéndose a los resultados de la marcha del negocio de la empresa emisora con referencia a los beneficios que esa empresa emisora pueda obtener en un momento dado prefijado como fecha de pago de la inversión, sin que dicha emisora asuma la obligación de garantizar esos beneficios o posibilitar la devolución del capital invertido.

TERCERO.- Se ejercita con carácter principal la acción de nulidad del contrato por vicio el consentimiento por lo que la acción ejercitada, tal como se ha señalado, es la prevista en el art. 1300 Código Civil que establece la anulabilidad de los contratos. Refiere la actora la existencia de vicio en el consentimiento, debiendo destacar que no existe documento alguno donde se acredite el consentimiento prestado por la actora habida cuenta que la demandada no aporta la constancia documental de la citada contratación ni tampoco la información suministrada al actor para la contratación de los bonos "Kaupthing Bank" objeto del procedimiento. La parte demandada se opone en primer lugar alegando la caducidad de la acción.

En relación con la alegada excepción de caducidad debe seguirse la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2003 que refiere que el artículo 1.301 del Código Civil establece que en los casos de error, dolo o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años empezará a correr desde la consumación del contrato. Precizando por su parte la sentencia del T.S. de 11 de julio de 1984 que, de cara a hacer cómputo del plazo de prescripción de la acción de anulabilidad, es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de anulabilidad por error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones, como por otra parte también reconoce la sentencia de 27 de marzo de 1989, el momento de la consumación no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que la consumación sólo tiene lugar, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes.

La cuestión ha sido recientemente abordada por la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 4ª, de fecha 25 de abril de 2014, que refiere que "los efectos de la contratación con la (demandada), cuya nulidad se predica, no finalizaron con la suscripción de las órdenes de compra de los títulos, a que tras la compra de tales valores se nace una relación jurídica distinta, dissociada y ajena, etc., pues, en definitiva, estamos en presencia de un contrato de compraventa con efectos de futuro y no de simple comisión o intermediación mercantil y, en especial, a que la consumación del contrato no se produciría hasta el vencimiento del ejercicio del derecho de amortización de la inversión, ... (es decir, transcurridos cinco años desde la fecha de la emisión) han de estimarse y aceptarse íntegramente, por ajustadas a derecho..."

Así, en el caso presente debe destacarse que no se aporta por la demandada

documental alguna relativa a la orden de compra o a la información suministrada al actor en relación a la compra de bonos emitidos por otra entidad debiendo destacar la testifical del sr. [REDACTED] que refiere como jefe financiero de la demandada que pese a referir la falta de asesoramiento financiero de la entidad demandada y que solo actuaban como intermediarios, también manifiesta que la demandada ofrece productos a los clientes entre los que se encuentran los depósitos, fondos de inversión, seguros..., refiriendo que desconoce si el actor pidió directamente el producto a la demandada y señalando que no intervino directamente en la contratación de tal producto con el actor por lo que desconoce la información suministrada. Así, no puede ser apreciada la referida caducidad destacando que la consumación de los contratos sinalagmáticos no se ha de entender producida sino desde el momento en que cada una de las partes ha cumplido la totalidad de las obligaciones derivadas del mismo debiéndose por ende distinguir entre la perfección, la consumación y el agotamiento del contrato, que no se produciría hasta que el contrato dejara de producir todos los efectos que le son propios. Debiendo quedar fijada la consumación en el momento en que se produce el cumplimiento recíproco de la totalidad de las prestaciones pactadas y así destacarse que en este caso la contratación data de julio de 2007, siendo que el actor percibe remuneraciones en los años 2007 y 2008 y es desde enero de 2009 cuando no percibe remuneraciones y reclama al demandado extrajudicialmente en diciembre de 2012, documentos 12 y ss. de la demanda.

Así, tratándose de contratos sinalagmáticos hay que estar a la necesidad del cumplimiento recíproco de ambas partes, lo que no puede hacerse coincidir con el momento de adquisición o formalización del contrato de compraventa de las participaciones preferentes pues eso sería tanto como dejar en manos del banco contratante el cumplir o no con sus obligaciones de amortización único momento en el que se puede detectar el error padecido por el inversor pudiendo incluso darse el supuesto, si se comienza a contar el plazo de caducidad desde la perfección y no desde la consumación que en el supuesto de producirse la primera amortización y ésta resultare fallida para el inversor, el banco podría oponerle la caducidad de la acción.

Por todo ello, la citada excepción no puede prosperar.

CUARTO.- Se discute si la actora sufrió un vicio de su consentimiento en cuanto a la falta de información de la parte demandada respecto a las características, naturaleza y riesgos del producto y en consecuencia solicita de declare la nulidad de la contratación de participaciones preferentes.

Conforme a la doctrina jurisprudencial y en cuanto al error como vicio del consentimiento, se establece que para que el error en el consentimiento invalide el contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 1265 del Código Civil es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración -artículo 1261.1º-, que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado. Siguiendo la STS 17-7-2006 para que el error, como vicio de la voluntad negocial, sea invalidante del consentimiento, es preciso, por una parte, que sea sustancial o esencial, 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, además, 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 mereció por la confianza infundida por esa declaración.

Establece la STS 21/11/2012 - fundamento de derecho cuarto- que "hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta -sentencias 114/1985, de 18 de febrero, 295/1994, de 29 de marzo, 756/1996, de 28 de septiembre, 434/1997, de 21 de mayo, 695/2010, de 12 de noviembre, entre muchas-. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea".

Las normas reguladoras del mercado de valores exigen un especial deber de información a las empresas autorizadas para actuar en ese ámbito, como resulta del art. 79.1.e de la Ley del Mercado de Valores en la redacción vigente en la fecha de contratación del producto -julio 2007, en el que no estaba todavía vigente la normativa MIFID- (actualmente, de modo más detallado, en el art. 79.bis de dicha ley, que incorpora la Directiva MIFID) así como en la normativa reglamentaria que lo desarrolla Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, art. 9 de la Orden Ministerial de 25 de octubre de 1995, y arts. 2 a 4 de la Orden Ministerial de 7 de octubre de 1999. La doctrina ha señalado como la contratación en el mercado financiero, y dentro de ella deben comprenderse sin duda este tipo de contratos, es una contratación compleja, con un elevado nivel técnico, que para su comprensión por el inversor exige la posesión de conocimientos o experiencia previos, encontrándose las entidades financieras en una situación de superioridad frente a sus clientes. Por lo demás, los clientes confían en la entidad financiera con la que mantienen una relación duradera, lo que determina que se fíen de las recomendaciones efectuadas por el personal de la oficina, de tal modo que profesionalidad y confianza son los dos elementos característicos de la relación de clientela en el mercado financiero, y ello determina que a las entidades financieras les sea exigible un estricto deber de información. Así el cliente debe recibir de la entidad financiera una completa información sobre la naturaleza, objeto, coste y riesgos de la operación, y además de forma que le resulte comprensible, asegurándose la entidad de que el cliente entiende sobre todo los riesgos patrimoniales que puede llegar a asumir en el futuro.

En este sentido, la jurisprudencia exige a las entidades bancarias que acrediten que actuaron diligentemente en la oferta de estos productos, informando de las características de los mismos y cuidando de los intereses del cliente, como si fueran propios. Así, y en relación a la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros y sobre todo en el caso de productos de inversión, como señala la Sentencia de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia de 14 de noviembre de 2005, la diligencia en el asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus

clientes, invirtiéndose la carga de la prueba, teniendo en cuenta la condición profesional de la entidad financiera.

A su vez, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que establece las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba la previsión de normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, solicitando de sus clientes información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. Especial rigor se preveía en lo relativo a la información que las empresas debían facilitar a sus clientes (art. 5 del anexo): «1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...]. 3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.»

Como resumen de lo expuesto, el régimen jurídico resultante de la Ley del Mercado de Valores y de la normativa reglamentaria que la desarrolla, impone a las empresas que actúan en el mercado de valores el deber de observar criterios de conducta basados en la imparcialidad, la buena fe, la diligencia, el orden, la prudencia y, en definitiva, cuidar de los intereses de los clientes como si fuesen propios, dedicando a cada cliente el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos, respondiendo de este modo a la confianza que el inversor deposita en el profesional en un campo tan complejo como es el de la inversión en valores mobiliarios.

Establece la STS de 18 de abril de 2013 "en primer lugar, no se suministra una información completa y clara al inversor ni se actúa de buena fe cuando en el contrato existe una contradicción evidente entre la respuesta que da el inversor cuando se le pregunta por su perfil de riesgo y la elección de los valores en que se puede invertir. Los demandantes optaron por un perfil de riesgo "muy bajo", que era el más conservador de los cinco posibles. Si la empleada del banco que les atendió marcó a continuación, y tras preguntar a los clientes, en las casillas que posibilitaban invertir en valores de riesgo elevado (pues marcó todas las casillas salvo la residual de "cualesquiera contratos u operaciones..."), es evidente que existe una contradicción no explicada ni resuelta... En este caso, la incoherencia es palmaria y no ha sido justificada...

Lo relevante es que ese plus de buena fe y diligencia a observar por la empresa que actúa en el mercado de valores exige que ésta ponga de manifiesto al cliente la incoherencia existente entre el perfil de riesgo elegido (que por los términos en que se define, riesgo muy bajo, bajo, medio, alto o muy alto, es fácilmente comprensible) y los productos de inversión aceptados por el cliente

(productos cuya comprensión cabal exige conocimientos expertos en el mercado de valores) y de este modo asegurarse que la información facilitada al cliente es clara y ha sido entendida..."

Aplicando tal doctrina al caso presente debe destacarse que la parte demandada nada acredita, correspondiéndole la carga de la prueba, sobre la información prestada a la actora en relación con el producto objeto del procedimiento, siendo además que tampoco el testigo que declara en el procedimiento puede acreditar la información suministrada a los actores en cuanto el mismo refiere que no intervino en la contratación.

Respecto al perfil del actor, no ha quedado acreditado que tuviera un perfil de inversor, ni que el mismo tuviera conocimientos financieros, no pudiendo considerar tal perfil de inversor en cuanto pese a referir el testigo que los clientes están "perfilados" no se aporta documentación al respecto y debiendo destacar que el hecho de haber invertido en productos de riesgo no determina el perfil de inversor ahora referido en cuanto el hecho de haber contratado otros productos (distintos a las participaciones preferentes objeto del procedimiento) no implica que el actor hubiera recibido información detallada y concreta sobre el producto objeto del procedimiento.

Debe señalarse a su vez que el contrato que une a las partes no puede considerarse como un mero mandato siendo que el demandado no acredita que informara al actor que el emisor fuera una entidad distinta, debiendo entenderse por ello las obligaciones del demandado en relación a un verdadero asesoramiento en cuanto se trata de un producto ofrecido al cliente mediante una recomendación personalizada al mismo.

De la prueba practicada ha quedado acreditado que el actor habida cuenta la confianza en la entidad financiera y la carencia de conocimientos financieros o al menos no se han acreditado, no fue correctamente informado por la entidad demandada de la posible falta de liquidez, la perpetuidad del producto, sus riesgos no constando tampoco se hubiera efectuado una buena concordancia de la calificación del cliente en relación con el producto contratado. Siguiendo lo anteriormente expuesto respecto al deber de información de la entidad bancaria y no acreditado en este caso que se informara correctamente al actor de las características, naturaleza y riesgos de las participaciones preferentes objeto del procedimiento, correspondiendo a la entidad demandada la carga de la prueba, debe declararse la nulidad de la orden de compra por vicio del consentimiento al haber provocado la demandada error en el actor que vició su consentimiento prestado.

No pueden seguirse las consideraciones relativas al actuar de la actora contra sus propios actos, referidas por la parte demandada, por el hecho de haber estado cobrando cupones y recibiendo información fiscal siguiendo al respecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 27 de julio de 2004 que refiere que el hecho de que el contrato produzca sus efectos durante un periodo de tiempo no significa que la parte lo acepte, porque en este caso, bastaría que comenzase a desplegar eficacia para que no se pudieran ejercitar las acciones de nulidad absoluta o anulabilidad, no pudiendo apreciar por ello tampoco abuso de derecho.

Por último, tampoco pueden tener acogida las alegaciones relativas a la falta de legitimación pasiva para restituir el importe percibido en cuanto el actor contrató con la hoy demandada tras la gestión asesorada de ésta, por lo que es el mismo el





obligado a la devolución del dinero recibido del actor, sin perjuicio de las acciones que pudieran corresponder, en su caso, entre la parte demandada y el emisor, relaciones a las que el actor es ajeno.

QUINTO.- Declarada la nulidad -anulabilidad- por vicio del consentimiento de la orden de compra relativa a los bonos objeto del procedimiento y respecto a los efectos que produce tal declaración es de aplicación el art. 1303 Cc que determina que los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato. Por ello la entidad demandada deberá proceder a la restitución del capital de la inversión efectuada por la actora con más sus intereses desde la fecha de las respectivas órdenes de compra, y la actora simultáneamente, procederá a la devolución de los rendimientos que ha percibido durante los años de vigencia y de los títulos, habida cuenta que si no se produciría un enriquecimiento injusto en cuanto la actora recibirían el dinero inicialmente entregado siguiendo en poder y posesión de la misma los citados títulos, sin perjuicio de su posible compensación si la misma es factible económicamente o, de otros pactos o acuerdos que los mismos puedan alcanzar al margen del proceso, ya que en el mismo, el único efecto jurídico económico que puede declararse en estos momentos y, con base a la acción ejercitada de anulabilidad es la restitución recíproca de las obligaciones de una y otra parte, con el incremento del interés sobre el precio de adquisición de los productos conforme al interés legal del dinero computado desde la fecha de la suscripción de cada contrato en particular y la fecha de efectiva restitución de las prestaciones.

Así la demandada habrá de devolver los 13.000 euros recibidos del actor menos los rendimientos obtenidos, ya que si no se produciría un enriquecimiento injusto, más los intereses legales desde la fecha de su depósito, con la obligación de la actora de la devolución de tales títulos que obren en su poder,

Por último y habiéndose estimado la acción de nulidad por vicio del consentimiento, no procede entrar sobre el fondo del resto de las acciones ejercitadas al ejercitarse con carácter subsidiario.

SEXTO.- Siendo estimada totalmente la demanda se imponen las costas a la demandada, no existiendo dudas de hecho o de derecho en el presente caso. Vistos los preceptos citados y demás de pertinente y general aplicación

FALLO

ESTIMANDO TOTALMENTE la demanda instada por el Procurador d. SERGI BASTIDA BATLLE en representación de d. [REDACTED] contra **IPME 2012, S.A** debo **DECLARAR y DECLARO LA NULIDAD** por vicio del consentimiento de la orden de compra de los bonos islandeses "Kaupthing Bank" con un nominal de **TRECE MIL EUROS (13.000 euros)** y del contrato de depósito y administración de valores que pudiera habersé firmado consecuencia de la contratación de los citados bonos y en consecuencia debo **CONDENAR y CONDENO** a la demandada a restituir al actor la cantidad de **TRECE MIL EUROS (13.000 EUROS)** así como los

intereses legales desde la fecha de su depósito y hasta su total pago, previa deducción de las cantidades recibidas en concepto de intereses por los bonos "Kaupthing Bank" y devolución de los títulos por el actor que pudiera ostentar en relación al objeto del procedimiento.

Se imponen las costas al demandado.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante RECURSO DE APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de Barcelona (artículo 455 LEC).

El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación. En la interposición del recurso el apelante deberá exponer las alegaciones en que se basa la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna.

Conforme a la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ, con el escrito se deberá acreditar el depósito de 50 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de éste Juzgado.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior sentencia por la propia Magistrada que la suscribe, habiéndose celebrado en audiencia pública en el mismo día de su pronunciamiento, de lo que doy fe.