

**Juzgado Primera Instancia 20 Barcelona
Gran Vía de les Corts Catalanes, 111
Barcelona**

Procedimiento Procedimiento ordinario XXXXXXXX

**Parte demandante XXXXXXXX
Procurador PEDRO MORATAL SENDRA
Parte demandada IPME 2012, SA
Procurador LEOPOLDO RODES MENENDEZ**

SENTENCIA

En la ciudad de Barcelona a 27 de septiembre de 2.013.

La Ilma. Sra. D^a. ISABEL GIMENEZ GARCIA, MAGISTRADO-JUEZ SUSTITUTO del Juzgado de Primera Instancia número 230 de los de Barcelona, habiendo visto los presentes autos de juicio ordinario promovidos por XXXXXXXX representados por el PROCURADOR D. PEDRO MORATAL SENDRA y asistida por el LETRADO D. OSCAR SERRANO CASTELLS contra IPME 2012, S.A. representada por el PROCURADOR D. LEOPOLDO RODES MENEDEZ y asistida por LETRADO D. XXXXXXXX.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación del actor se presentó demanda de juicio ordinario, arreglada a las prescripciones legales alegando que:

- El actor, asesorado por empleados de la demandada, adquirieron un fondo de bonos a través de **orden de compra telefónica de bonos FERGO AISA de fecha 26/09/2008**, producto que fue ofrecido al actor, en el sentido de que podía depositar sus ahorros sin riesgo alguno con vencimiento a 5 años.
- Contratado dicho producto con los resultados y rendimientos esperados, de nuevo recibió la propuesta telefónica de renovarlo por otros 5 años más.
- A pesar de no ser entregada documentación alguna – tampoco la orden de compra – tras haber examinado posteriormente las órdenes de compra de dicho producto se utilizó en todos los casos el mismo formulario, con las mismas cláusulas generales aplicables a todos sus clientes, refiriéndose únicamente a AISA 08/11 5% BO, sin más descripciones del mismo. En el reverso de la orden de compra figura la obligación del banco en la fecha de recompra (de vencimiento) de recomprar el producto.
- Llegada la fecha de recompra, la entidad demandada no devolvió el precio de los valores o importe de la inversión efectuada, incumpliendo sus obligaciones contractuales.
- No existiendo contrato, ni Folleto ni Nota de Valores de la CNMV y no habiéndose informado que se trataba de un instrumento complejo y de riesgo elevado que podía generar pérdidas en el capital invertido y del carácter limitado de

su liquidez, provocaron que el actor incurrieran en un error que vicia su consentimiento al resultar:

a) No imputable al cliente, sin experiencia alguna en la contratación de inversiones.

b) Esencial, al no ser informados sobre el supuesto plazo de preaviso para la ejecución de órdenes de venta en caso de liquidación anticipada del producto

Tras exponer los fundamentos de derecho que consideró oportunos y que se dan por reproducidos suplicó que se dicte sentencia por la que se declare/condene:

i. El incumplimiento por IPME 2012, S.A. de sus obligaciones contractuales en cuanto al recompra de valores, así como de sus obligaciones legales de lealtad e información, declarando resuelto el contrato y condenando a la demandada al pago en concepto de restitución de 13.000€, más gastos e intereses el incumplimiento por parte de la demandada de sus obligaciones información y diligencia en cuanto a la orden de venta del producto.

ii. Subsidiariamente, se declare la nulidad del referido contrato así como al pago en concepto de restitución del importe de 13.000€, más gastos e intereses el incumplimiento por parte de la demandada de sus obligaciones información y diligencia en cuanto a la orden de venta del producto.

i. Al pago de las costas causadas.

SEGUNDO.- Repartida la demanda a este Juzgado se emplazó al demandado compareciendo, alegando que:

- Excepción por caducidad de la acción de nulidad relativa en el error de consentimiento.
- El actor tiene perfil inversor.
- La información facilitada por IPME al actor fue completa.
- El reverso del documento en el que consta el pacto de recompra no es aplicable al producto de autos.
- Pluspetición.

Tras exponer los fundamentos de derecho que consideró oportunos y que se dan por reproducidos suplicó se dictara sentencia por la que se absuelva a la demandada, con expresa condena al pago de las costas a la actora.

TERCERO.- Convocándose a las partes a la audiencia previa al juicio prevista por la Ley, comparecieron ambas partes; tras fijar los hechos controvertidos, se propuso la prueba y se acordó practicar la propuesta y declarada pertinente, señalándose la fecha del juicio.

CUARTO.- Compareciendo las partes en el juicio se practicaron las pruebas admitidas, a saber: documental, interrogatorio de parte, con el resultado que obra en autos. Practicadas las pruebas las partes formularon sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, exponiendo los argumentos jurídicos, tras lo que quedaron las actuaciones para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones legales, con excepción del plazo para dictar sentencia como consecuencia del cúmulo de asuntos que pesan sobre esta Juzgadora.

PRIMERO.- Acción

Se ejerce en el presente pleito por la parte actora, acción de resolución contractual del art. 1124 y ss CC y, subsidiariamente, para la declaración de nulidad prevista en el art. 1256 CC de la orden de compra de los bonos **FERGO AISA** de fecha **26/09/2008**.

SEGUNDO.- Contrato

En primer lugar vamos a entrar a analizar el contrato suscrito: **bonos FERGO AISA de fecha 26/09/2008**.

Para centrar el tipo de contrato en el que se enmarca la litis, debemos admitir lo expuesto por la APGirona, Sección 1^a de 30 de mayo de 2012 que establece que " las diferencias entre los contratos de gestión y asesoramiento de carteras de inversión y los contratos de depósito y administración de valores, en referencia a las obligaciones que se derivan en uno u otro caso respecto de la entidad que los suscribe, y así resulta de las Sentencias de 19 de abril de 2011 (Roj SAP V 1883/2011) y de 1 de julio de 2011 (Roj SAP V 4314/2011) que los contratos de depósito y administración de valores suponen " la mera obligación por parte de la entidad bancaria de gestionar y administrar -en sentido amplio- los valores que el cliente aporta al Banco o de los que encarga a éste su adquisición, con lo que su obligación queda limitada a la información, no abarcando el asesoramiento."

De la Sentencia de la Sección 5 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 2 de septiembre de 2011 (Roj: SAP IB 1753/2011) resulta un completo análisis de los contratos de depósito y administración de valores y el derecho de información relativo a los clientes, estableciéndose en la misma la diferencia entre "administración y gestión directa de valores" - de carácter conservativo, en la que se encuadrarían los contratos de depósito y administración de valores - y la "administración y gestión indirecta" en la que, además de la llamada "administración conservativa" se trata de la obtención de rendimientos económicos extraordinarios, rentabilidad de la gestión y plusvalía, implicando conocimientos tecnificados a los que el inversor no puede hacer frente, por lo que se precisa de profesionales altamente cualificados que obtengan la mayor seguridad, rentabilidad y liquidez de la inversiones realizadas con diversificación de riesgos, con la finalidad de obtención de rendimientos extraordinarios resultado de una política de inversiones adecuada a la composición de la cartera.

Por ende, procede el concreto examen del contenido de los contratos suscritos por las partes, en relación con los actos anteriores, coetáneos y posteriores a la suscripción de los contratos, con la finalidad de determinar en cada supuesto enjuiciado si ha mediado o no el incumplimiento de la entidad financiera de los deberes que le incumben conforme a la normativa aplicable, tomando igualmente en consideración el perfil de la otra parte contratante y la voluntad plasmada por la misma en el proceso negociador.

En efecto, debe de comenzarse por analizar si el contrato suscrito por el demandante con la entidad bancaria demandada es de simple administración de valores, o además, puede considerarse como un contrato de gestión de los mismos o que comporte obligación de asesoramiento.

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

Pues bien, en el caso que nos ocupa, no existe deber de asesoramiento por razón del tipo de producto contratado, mas sí existe el deber de información.

TERCERO.- Incumplimiento contractual

Por la demandante se alega incumplimiento contractual de la demandada al no cumplir con el pacto de recompra que en un folleto (no suscrito por la misma), consta que era de aplicación.

Por la demandada se manifiesta que no estaba previsto en el modelo de la cuenta de valores Bankpyme la orden de recompra, distintas a las obligaciones del banco de compraventa con pacto de recompra de instrumentos financieros (cláusula 5^a documento 2 de la demandada).

El art. 1.124 del Código Civil se refiere a la facultad resolutoria de las obligaciones que se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe, pudiendo el perjudicado escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daño y abono de intereses en ambos casos; y pedir la resolución, aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El artículo 1.258 del precitado texto legal establece la perfección de los contratos por mero consentimiento, obligándose desde entonces no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

Puesto que, no constando que existiera información contractual sobre el derecho que dice la demandante constaba en los modelos de órdenes del producto objeto de autos (que, en ningún caso, firmó la demandada) no se entiende incumplimiento contractual respecto a dicha obligación.

En cuanto a la carencia de información suministrada, considerando esta Juzgadora que se trata, en su caso, de un error en el consentimiento, debe analizarse desde el ámbito de la nulidad.

CUARTO.- Nulidad

El artículo 1.265 del Código Civil declara nulo el consentimiento prestado por error o dolo, exigiendo el artículo siguiente que, para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer 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.

El error constituye un falso conocimiento de la realidad, capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida, y para que pueda provocar la nulidad relativa del contrato, debe reunir los dos siguientes fundamentales requisitos:

- A) Que sea sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga, referida a las cualidades esenciales de la cosa (entre otras muchas STS de 17 de mayo de 1.988 y 4 de diciembre de 1.990), no pudiendo nunca constituir este vicio, el mero error de cálculo, o de las previsiones o combinaciones negociales (STS de 27 de mayo de 1.982, 17 de octubre de 1.989).
- B) Que, aparte de no ser imputable al que lo padece, el referido error no haya podido ser evitado mediante el empleo, por el que lo padeció, de una diligencia media o regular, teniendo en cuenta la condición de las personas, no sólo del que lo invoca, sino de la otra parte contratante, cuando el error pueda ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o la conducta de ésta. (STS de 4 de diciembre de 1.994 y 21 de mayo de 1.997, que, a su vez, citan otras muchas).

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 del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte, que la merece por la confianza infundida por la declaración (STS de 28 de septiembre de 1.996). En la STS de 21 de junio de 1.978 se señala que la exigencia del requisito de la excusabilidad del error de un contratante se base además de en el principio de la responsabilidad, en los de protección de la buena fe y seguridad en el comercio jurídico, pues hay que entender que el principio de responsabilidad negocial entraña el deber de informarse por razones de seguridad jurídica antes de comprometerse.

Tal como señala la STS de 5 de marzo de 2.010, "*El dolo es definido en el artículo 1269 del Código civil y lo centra en palabras o maquinaciones insidiosas para mover la voluntad de la otra parte, inducida por el error provocado. Cuyas palabras o maquinaciones pueden tener carácter positivo o ser de tipo negativo en el sentido de la reticencia o silencio ante una situación que razonablemente podía pensarse lo contrario...*"

QUINTO.- Excepción caducidad nulidad

Alegado por la demandada la excepción de caducidad de la acción en relación al plazo de ejercicio de la acción, procede examinarla de forma previa.

Conforme el artículo 1.301 del Código Civil la acción de nulidad lo es de cuatro años y la fecha de inicio del cómputo es: en los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato.

Y la consumación del contrato no puede confundirse con la perfección del mismo. Así se pronunció en STAP Valencia de 16/07/12 en la que de forma amplia, y apoyándose en Jurisprudencia del TS, aseveró:

"Pues bien, a propósito de dicha cuestión esta Sala ya tuvo ocasión de pronunciarse en sentencia de fecha 11 de julio de 2011(Pte. Sra. Martorell) indicando: "La norma aplicada por el magistrado "a quo" ha sido interpretada por la Sala Primera del Tribunal Supremo. Señala la Sentencia de 6 de septiembre de 2006(Tol 1.014.544) que la ambigüedad terminológica del artículo 1301 C.Cal referirse a la "acción de nulidad", ha sido precisada doctrinal y jurisprudencialmente en el sentido de distinguir lo que son supuestos de nulidad radical o absoluta y lo que constituyen supuestos de nulidad relativa o anulabilidad; resultando asimismo de la expresada Sentencia que el plazo fijado en el precepto para el ejercicio de la acción de nulidad es aplicable a las ejercitadas para solicitar la declaración de nulidad de los contratos y, por extensión, de los demás negocios jurídicos que "adolezcan de algunos de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley ", siempre que en ellos, según se desprende del artículo 1300 CC, al cual se remite implícitamente el artículo 1301 CC, " concurran los requisitos que expresa el artículo 1261 ", es decir, consentimiento, objeto y causa, sin los cuales " no hay contrato ". Cuando no concurren los requisitos establecidos en el artículo 1261 CC se está en presencia de un supuesto de nulidad absoluta o de pleno Derecho, equivalente a la inexistencia, cuya característica radica en la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno, en la retroacción al momento del nacimiento del acto de los efectos de la declaración de nulidad y en la inexistencia de plazo alguno de caducidad o prescripción para el ejercicio de la acción correspondiente. Por su parte, en la Sentencia de 21 de enero de 2000 se declara que "...resulta inaplicable el artículo 1301 ... ya que el plazo de los cuatro años procede respecto a los contratos en los que concurren los requisitos del artículo 1261 , y las relaciones afectadas de nulidad absoluta, como la que nos ocupa, al resultar inexistentes en derecho, no pueden convalidarse con el transcurso del tiempo, al ser imprescriptible la acción de nulidad" (Y en los mismos términos las Sentencias de 22 de noviembre de 1983, 25 de julio de 1991, 31 de octubre de 1992, 08 de marzo de 1994, 27 de febrero de 1997y 20 de octubre de 1999). .../... Habiendo sido expresamente controvertido en la alzada el dies "a quo" para el cómputo del plazo prevenido en el artículo 1301 del C. Civil para los casos de anulabilidad por error, dolo, o falsedad de la causa, en relación con la argumentación de la resolución disentida, conviene señalar que la Sentencia del 11 de junio de 2003(Tol 276.114) declara que: "Dispone el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato , norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código. En orden a cuando se produce la consumación del contrato , dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad

del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que "el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr "desde la consumación del contrato ". Este momento de la "consumación "no puede confundirse con el de la perfección del contrato , sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes ", criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, "en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó....". Así en supuestos concretos de contratos de trato sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato , o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó".

Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1301 del Código Civil."

Pues bien, es obvio que las prestaciones (la devolución de la inversión) no se ha cumplido por la demandada, razón por la que no puede considerarse caducada la acción conforme el art. 1301 CC.

SEXTO.- El producto objeto de esta litis

El producto ofertado y definitivamente contratado fue un bonos FERGO AISA de fecha 26/09/2008: instrumento financiero sujeto a la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que transpone al derecho español el régimen de la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo (en adelante Directiva Mifid).

El art. 1 LMV establece: *La presente Ley tiene por objeto la regulación de los sistemas españoles de negociación de instrumentos financieros, estableciendo a tal fin los principios de su organización y funcionamiento y las normas relativas a los instrumentos financieros objeto de su negociación y a los emisores de esos instrumentos; la prestación en España de servicios de inversión y el establecimiento del régimen de supervisión, inspección y sanción.*

Añadiendo en su art. 2.2 lo siguiente: *Quedan comprendidos en el ámbito de la presente Ley los siguientes instrumentos financieros (...): 2. Contratos de opciones,*

futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos financieros derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo.

Este tipo de instrumentos financieros se encuentran igualmente incluidos en el ámbito de la Directiva Mifid conforme el art. 4,1,17 y su anexo I, C, apartado 4, en el que se relacionan: *Contratos de opciones, futuros, permutas («swaps»), acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo.*

SEPTIMO.- El derecho a la información

El derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible.

En este sentido debemos citar el art. 48.2 de la L.D.I.E.C. 26/1.988 de 29 de julio y su desarrollo pero la que real y efectivamente conviene al caso es la de Ley 24/1.988 de 28 de julio del Mercado de Valores al venir considerada por el Banco de España y la C.M.V. incursa la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras art. 2 L.M.C.).

El art. 79 de la L.M.V., en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios (letras I.A. y I.C.), el R.D. 629/1.993 concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva"(art.5.3)

Dicho Decreto fue derogado pero la Ley 47/2.007 de 19 de Diciembre por la que se modifica la Ley del mercado de valores continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las

advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos(art.79, bis nº 3, 4 y 7).

El R.D. 217/2.008 de 15 de Febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en este **deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual** (arts. 60 y ss, en especial sobre la información relativa a los instrumentos financieros).

Actualmente, como se ha dicho, el deber de información de las entidades financieras sobre este tipo de productos bancarios se regula por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en su arts. 78 y ss., y por los arts. 60 y s.s. del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre. Todas estas normas son el resultado de la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva MIFID (Markets in Financial Instruments Directive) -Directiva 2004/39 de 21 de abril de 2004, Directiva 2006/73 de 10 de agosto de 2006 y Reglamento 1287/2006 de 10 de agosto de 2006, y este último, por el que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo **relativo a las obligaciones de las empresas de inversión de llevar un registro, la información sobre las operaciones, la transparencia del mercado, la admisión a negociación de instrumentos financieros, y términos definidos a efectos de** dicha Directiva, es aplicable directamente, aunque la legislación europea no hubiera sido traspuesta al ordenamiento jurídico español en el momento de suscribirse el contrato cuya nulidad se predica.

Pues bien, el producto adquirido es un **producto financiero complejo**, por lo que la entidad está obligada a realizar el conocido como el **test de idoneidad**, en los términos en los que se describe en el art. 79bis.7 LMV (art. 73 Real Decreto 217/2008), que a su vez traspone el art. 19.5 Directiva Mifid.

El art. 73 del Real Decreto 217/2008, que desarrolla el precepto anterior, establece: **Evaluación de la conveniencia A los efectos de lo dispuesto en el art. 79 bis.7 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que prestan servicios de inversión distintos de los previstos en el art. anterior deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado. En este sentido, la entidad podrá asumir que sus clientes profesionales tienen la experiencia y conocimientos necesarios para comprender los riesgos inherentes a esos servicios de inversión y productos concretos, o a los tipos de servicios y operaciones para los que esté clasificado como cliente profesional.**

La demandada en su contestación a la demanda alega que se los mismos actores habían adquirido en su día otros bonos AISA y que tenían conocimientos suficientes como para conocer qué tipo de producto estaban concertando, así como los riesgos

que se corrían. Pues bien el hecho de que respecto a dichas emisiones no existieran problemas para la recuperación del capital invertido, no hizo más que ayudar a incurrir en el error en los demandantes de que se trataba de un producto seguro.

De la documental aportada ya hemos dicho que no se desprende que, el actor, conociera **antes de su contratación** que el producto no garantizaba el capital invertido ni tampoco que la liquidación dependiera del mercado, es más en el presente caso hay que hace énfasis en que **la adquisición de los productos objeto del presente procedimiento se hicieron por teléfono (cuestión no controvertida)** al telefonear al actor los propios empleados de la entidad.

Por tanto, podemos aseverar que no puede considerarse suficiente la información facilitada al cliente al adquirir el producto respecto a la liquidación y los riesgos

QUINTOOCTAVO.- Perfil actor

Debemos preguntarnos qué tipo de clientes es el actor, habida cuenta que a pesar de que el actor mantienen que deben considerarse minoristas, la demandada en su contestación a la demanda alega que los conocimientos del Sr. AVILA eran suficientes como para conocer qué tipo de producto estaban concertando y los riesgos que se corrían.

De la documental aportada no se desprende que efectivamente el actor tuviera conocimientos suficientes como para conocer qué tipo de producto estaban concertando y los riesgos que se corrían. Y es que, no ha quedado acreditado que el actor tuvieran conocimientos financieros ni que se dedicaran a realizar inversiones de riesgo, sin que el hecho de que se hubiera adquirido otros bonos AISA (cuyo producto recuperó a vencimiento junto con los intereses) sean empresarios pueda conducir a la conclusión de que pueda presumirse la experiencia, conocimientos y cualificación para valorar los riesgos del producto ofertado, procede considerar al actor cliente minorista.

Teniendo en cuenta el perfil del cliente, debemos ahora entrar a valorar si la información proporcionada por la entidad demandada fue o no suficiente.

NOVENO.- Prueba sobre la información facilitada

Llegado a este punto, procede examinar la documental obrante en autos, especialmente el número 2 de la demandada, para conocer si de la misma se desprende toda la información necesaria previa para la contratación del producto.

Pues bien, examinada dicha documentación:

- 1) La demandada no ha aportado suscripción de documento alguno en el que conste la orden de compra ni la recepción de información por el demandado.
- 2) Respecto al documento número nueve aportado por la actora, se trata únicamente de una orden de compra "modelo" que no consta que se entregara al demandado
- 3) En el grupo documental número 3 sólo se trata de información a efectos fiscales a efecto de rendimientos del que no se desprende información alguna sobre los riesgos, etc y que se trata toda de información postcontractual.

A mayor abundamiento, considero destacable que ni siquiera existió orden de compra y que no consta se ofreciera por la demandada al actor la más mínima información sobre el producto, como es: la descripción del valor, con indicación de la entidad emisora y rentabilidad anual, la fecha de vencimiento (plazo y su finalización) y posibilidad de ventanas liquidativas, la fecha valor (referida a la fecha adquisición del producto), el tipo de interés y, en su caso, periodicidad en el pago de los intereses, el cambio (respecto al mercado secundario donde se enmarcaba la operación), el nominal, en referencia al valor de emisión, la clase de operación, las condiciones para el reembolso y, en su caso, reembolso anticipado.

Por ende, debemos concluir al respecto que no ha quedado acreditado que fuera informado, el actor, en relación a los riesgos del producto, la liquidación del mismo, la disponibilidad del dinero y liquidación, una vez fue cursada la orden de venta por el actor.

Por tanto, podemos aseverar que no puede considerarse suficiente la información facilitada al cliente, en relación al plazo de liquidación, ni al adquirir el producto ni tampoco tras la orden de venta.

DECIMO.- Conclusión

Acreditado el incumplimiento de la obligación de informar, debemos estar a lo previsto en el artículo 1.266 CC, por el cual y para que el **error invalide el consentimiento el mismo debe recaer 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.**

En el presente pleito se dan las condiciones del error propio invalidante del contrato, según la STS 26/06/2000, ya que:

- 1) El error recae sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele palatinamente su esencialidad; y no es imputable a quien lo padece.
- 2) Existe un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado.
- 3) Y es excusable en el sentido que es inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular - la excusabilidad ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido el error, como las del otro contratante, pues la función básica del requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien padece el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente. Doctrina jurisprudencial sobre el error contenida en las SSTS 14 y 18/02/94; 11/05/1998; 04/01/1982; 28/09/1996 -.

Pues bien, siguiendo a la Audiencia Provincial de Girona, en ST de fecha 29/06/2012 *la doctrina general de la contratación del Código Civil, se ve alterada por la regulación especial del contrato analizado y, en concreto, decíamos que, "según la jurisprudencia, para que el error pueda invalidar un negocio, es preciso que el mismo no sea imputable a quien lo padece, y tal cosa sucede cuando quien lo invoca podría haberlo eliminado empleando una diligencia normal adecuada a*

las circunstancias, es decir, una diligencia media teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe, el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien no merece dicha protección por su conducta negligente (sentencias de 17 de febrero del 2005, 24 de enero de 2003, 12 de julio de 2002 y 30 de septiembre de 1999, entre otras), señalándose en la penúltima de las citadas que "la doctrina y la jurisprudencia, viene reiteradamente exigiendo que el error alegado no sea inexcusable, habiéndose pronunciado por su no admisión, si este recae sobre las condiciones jurídicas de la cosa y en el contrato intervino un letrado, o se hubiera podido evitar el error con una normal diligencia.

Si nos atuviéramos a dicha doctrina, el contrato suscrito por ambas partes litigantes debería ser declarado válido y eficaz, sin embargo, tales principios que rigen la contratación civil en general han venido siendo sustituidos por una legislación especial que en atención a una de las partes contratantes o a la naturaleza jurídica del contrato, o a ambas, exige de una de las partes contratantes un determinado comportamiento frente a la otra o le restringen su autonomía de la voluntad, siendo exponentes de dicha legislación la relativa a la protección de consumidores y usuarios, la de crédito al consumo, la reguladora de las condiciones generales de la contratación y la del mercado de valores. "

A la vista del contenido del contrato cabe afirmar que el régimen jurídico aplicable a este supuesto, tal como se recoge en el fundamento anterior, es el régimen especial previsto en la Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988 que, tras la modificación realizada por la Ley 4/2007. La norma especial citada, tal como señala la sentencia de 1 esta misma Sala de septiembre de 2011, tiene por objeto modular los principios generales de la contratación civil en relación con la prestación del consentimiento en los contratos sometidos a la misma. La modificación operada en la norma en el año 2007 incorpora al derecho interno español las Directivas comunitarias, concretamente la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva y la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito.

El mercado financiero es sin duda complejo y así debe calificarse también la contratación que en el mismo se desarrolla. Concretamente requiere para el inversor conocimientos técnicos y experiencia, de los que a menudo carece. Por otra parte la entidad financiera se encuentra en una situación ventajosa frente al cliente, en tanto tiene más información sobre los aspectos técnicos del mercado, lo que le permite hacer previsiones sobre la evolución de éstos y de los productos financieros que ofrece con mucha más precisión que los clientes a los que, las más de las veces, asesora sobre la contratación de uno u otro producto. Asimismo conviene señalar que no es extraño, precisamente por la complejidad de los productos y la falta de conocimientos de los clientes, que las decisiones sobre contratación aparezcan frecuentemente vinculadas a la existencia de una relación especial de confianza entre el particular y la entidad financiera con la que ha venido contratando de forma habitual. Estas son las circunstancias por las que la legislación especial impone a las entidades financieras la obligación reforzada de informar a sus clientes de forma

transparente. Este es el único medio que permite garantizar que el contratante se convierta en un sujeto informado, de tal forma que pueda realizar de modo eficiente sus elecciones.

Desde ese punto de vista, en contra del criterio que sostiene la apelante, y sin desconocer que la cuestión no es pacífica, esta Sala ha entendido y así lo ha señalado en múltiples sentencias (por todas la ya citada de 1 de septiembre de 2011) que el cumplimiento por parte de la entidad financiera de las obligaciones que en materia de información impone la ley se constituye en presupuesto de la válida prestación del consentimiento por el particular, de modo que, la falta de cumplimiento de las normas citadas puede llegar a afectar de modo dramático y radical a la validez del contrato suscrito.

Tal como se recoge en el fundamento anterior, en el presente supuesto la entidad financiera apelante no realizó convenientemente el test de conveniencia, ni el de idoneidad, de tal forma que las apeladas no tuvieron oportunidad de conocer los riesgos derivados del contrato y la adecuación o no del mismo a sus objetivos de inversión o financieros.

De lo anteriormente expuesto y, conforme lo previsto en los artículos 1.300 y siguientes CC y conforme a la doctrina sobre nulidad, procede declarar la nulidad de la orden de compra de bonos **FERGO AISA de fecha 26/09/2008** suscrito entre las partes del presente pleito, habida cuenta que la información que se denuncia lo era esencial, y es que la decisión sobre la liquidación del fondo dependía de dicha información (plazo de liquidación, fecha en la que debía liquidarse, valor liquidatorio, etc.), información que no fue facilitada por la demandada a la actora de forma previa a la compra del producto.

Declarada la nulidad de la orden de compra de bonos **FERGO AISA de fecha 26/09/2008** solicitada por la actora a la demandada, procede la indemnización por la demandada de la diferencia entre la suma que le fue liquidada y el precio de compra del producto, ascendiendo a la suma de 155.438,5€ la cantidad a indemnizar.

UNDECIMO.- Pluspetición

Alegada pluspetición por la demandada, solicitando sean descontados los importes percibidos en concepto de cupón, debe estarse a la petición

DUODECIMO.- Costas

La aplicación del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto a las costas.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso

FALLO

Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. XXXXXXXX contra IPME 2012, S.A. debo declarar la nulidad de la orden de compra del producto denominado **bonos FERGO AISA de fecha 26/09/2008**, por vicio invalidante del

consentimiento, con la consecuencia de la restitución de la adquisición en su día efectuada por el actor, debiéndose restar las cantidades percibidas por el actor en concepto de intereses; con más los intereses; sin expresa condena en costas.

Contra la presente sentencia, cabe interponer ante este Juzgado recurso de apelación que deberá interponerse en el plazo de 20 días siguientes a su notificación.

PUBLICACION: La anterior sentencia ha sido leída, dada y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez sustituto que la suscribe, hallándose celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.

DILIGENCIA INFORMATIVA DE RECURSOS

Contra la resolución que antecede cabe interponer recurso de apelación dentro de los veinte días siguientes al de su notificación. Para interponerlo será necesaria la constitución de un depósito de **CINCUENTA (50.-) euros**, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la cuenta de depósitos y consignaciones que este juzgado tiene abierta en el BANESTO, del siguiente modo: **A) Si se trata de INGRESO**, podrá realizarlo en cualquier oficina de BANESTO rellenando el impreso previsto al efecto, indicando la cuenta del expediente (0553 0000 04253 13), en efectivo o en cheque emitido por entidad bancaria a favor de Banesto o de este Juzgado (nunca al portador); **B) Por TRANSFERENCIA**, en cuyo caso el importe se remitirá a:

Cuenta: 0030 1846 42 0005001274

Beneficiario: Juzgado de 1^a Instancia nº 20 de Barcelona

Concepto: 0553 0000 04 0253 13

Están exentos de constituir el depósito para recurrir quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.