



## SENTENCIA 206/13

En Barcelona, a 11 de diciembre de dos mil trece

DoN Juan Ignacio Calabuig Alcalá del Olmo, Magistrado Juez, del Juzgado de Primera Instancia número 54 de esta ciudad y su partido judicial, ha visto los autos de juicio ordinario, registrados con el número 112/13, promovidos por Doña , mayor de edad, representada por el Procurador de los Tribunales Don Pedro Moratal Sendra y asistida por el Letrado D. Oscar Serrano Castells, contra IPME 2012 S.A. (antes BANKPIME), representada por el Procurador de los Tribunales D. Leopoldo Rodés Menéndez, y asistida por el Letrado D.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Procurador de los Tribunales demandante, en el nombre y representación que acreditó, formuló ante este Juzgado demanda de juicio ordinario el 24-1-2013 contra la demandada demandada, alegando, en apoyo de sus pretensiones, los hechos y los fundamentos de derecho que consideró de aplicación al caso, y terminó suplicando al Juzgado:

- Que se dicte Sentencia estimando íntegramente la demanda, y en virtud de la cual:

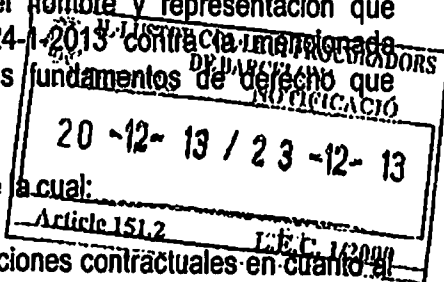
a) Se declare el incumplimiento contractual de la demandada de sus obligaciones contractuales en cuanto al pacto de recompra de valores; así como de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta de los instrumentos objeto de la presente demanda en los términos recogidos en la misma. Como consecuencia de esta declaración, se declare resuelto el contrato por el que se adquirieron los bonos de Fergo Aisa de fecha 9-10-2006, y se condene a la demandada al pago en concepto de restitución de la cantidad de 49.196, 49 euros más los gastos de custodia directamente vinculados a estos valores contabilizados en el hecho 3º de la demanda, más los intereses legales sobre estos conceptos desde el cargo en cuenta, debiéndose compensar los importes percibidos por la actora en concepto de cupón que ascienden a la cantidad de 3.831,32 euros.

b) Subsidiariamente, se declare la nulidad del referido contrato. Como consecuencia de esta declaración, se declare resuelto el contrato por el que se adquirieron los bonos de Fergo Aisa de fecha 9-10-2006, y se condene a la demandada al pago en concepto de restitución de la cantidad de 49.196, 49 euros más los gastos de custodia directamente vinculados a estos valores contabilizados en el hecho 3º de la demanda, más los intereses legales sobre estos conceptos desde el cargo en cuenta, debiéndose compensar los importes percibidos por la actora en concepto de cupón que ascienden a la cantidad de 3.831,32 euros.

c) Se condene a la demandada al pago de las costas.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, mediante Decreto, de fecha 12 de febrero de 2013, se dio traslado a la parte demandada, para que contestase a la demanda en el plazo de 20 días, lo que hizo el 15-3-2013 en el sentido de oponerse, alegando, en apoyo de sus pretensiones, los hechos y los fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, y terminó suplicando al Juzgado:

Que se dicte Sentencia desestimando íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas a la parte actora.



BB 00000



**TERCERO.-** Convocadas las partes a la preceptiva audiencia previa al juicio que señala la Ley, y llegado que fue el día señalado, (27 de junio de 2013), comparecieron ambas partes, exhortándose a las mismas para que llegaran a un acuerdo, que no se logró, afirmándose y ratificándose en sus respectivos escritos de demanda y contestación, y realizando las manifestaciones que obran en autos y solicitando el recibimiento del pleito a prueba, todo lo cual consta debidamente registrado en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, con el resultado que obra en autos.

**CUARTO.-** Acordado el recibimiento del pleito a prueba, a instancia de ambas partes, y llegado que fue el día señalado para el juicio, (2 de diciembre de 2013), se practicó la prueba propuesta y admitida (documental y testifical).

Se llevó a cabo la prueba propuesta y admitida en los términos que consta en la grabación, y que, en aras a la brevedad, se tiene por reproducido. Posteriormente, las partes formularon oralmente sus conclusiones, en los términos que obran en autos.

**QUINTO.-** En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Entrando en el análisis del fondo del asunto, expone la actora que es una persona de 76 años de edad, jubilada, que ha trabajado como dependiente de un negocio familiar (joyería) colaborando con su marido y también en otras tiendas, así como que carece de conocimientos en materia de productos financieros. Doña se autocalifica como una persona ahorradora y conservadora, y expone que ha logrado reunir un capital para afrontar con tranquilidad su jubilación. Entiende que le es de aplicación la normativa de defensa del consumidor. Narra la demandante que su relación con Bankprime (hoy Ipme 2012 SA) se inició en 1988, procediendo a trasladar sus ahorros a la entidad y a suscribir los productos que los empleados de la misma le ofrecían. En el mes de octubre del 2006, el señor , empleado de la demandada, le ofreció la suscripción de 49 bonos de Fergo Aisa por un valor de 49.196,49 euros, indicándole que se trataba de un producto sin riesgo, a 5 años y con una buena rentabilidad. La mujer adquirió el producto por la confianza en el personal de la demandada si bien no se le entregó ninguna documentación (ni la orden de compra ni el folleto de la emisión). La relación contractual general entre las partes se formalizó en un contrato de depósito y administración de valores que, según la actora, incluía deberes de asesoramiento por parte de la entidad demandada. Considera la actora que la demandada incumplió el pacto de recompra que asumió en la operación así como sus deberes legales de información al no haberle advertido de las características y riesgos de la emisión ni tampoco haberle informado sobre la solvencia y situación económica del emisor. La actora afirma que, en este caso, la demandada tenía que tener información sobre Fergo Aisa porque ambas entidades están vinculadas al pertenecer al grupo Agrupació Mutua e incluso coincidir alguno de los directivos. Además, entiende que concurre en este caso un conflicto de intereses porque Bankprime era la agente que comercializó la emisión para Fergo Aisa. Por todo lo anterior, la demandante entiende que el incumplimiento de la actora acarrea la resolución contractual con restitución de las prestaciones. Subsidiariamente, la demandante insta la nulidad del contrato por falta de consentimiento, violación de normas imperativas (art. 6.3 CC) y error en el consentimiento.

**SEGUNDO.-** Frente a la reclamación formulada de contrario, la demandada inicia su contestación analizando el perfil inversor de la demandada según los productos adquiridos a través de ella, perfil que considera no se corresponde con el de una persona conservadora. Expone Ipme 2012 SA que el contrato de depósito y administración de valores que liga a las partes no se corresponde con el ámbito del asesoramiento de inversiones o la gestión de cartera de valores. Considera la demandada que la información suministrada a la actora fue la necesaria y, además, fue correcta y precisa. Expone Ipme 2012 SA que no se ha producido en este caso ningún incumplimiento contractual: niega que existiera en este caso pacto de recompra de los valores así como sostiene que tampoco hubo incumplimiento e materia de información suministrada al cliente. Además, expone que no existe nexo causal entre el daño sufrido por la actora (pérdida de la inversión) y la



actuación propia. En cuanto a la acción de nulidad, la demandada niega su legitimación pasiva afirmando que en la operación de compra de los bonos ha sido una simple mediadora, añadiendo que la titular de los efectos y vendedora de los mismos es Fergo Aisa. Alega que la acción de nulidad está caducada por el transcurso del plazo de 4 años del art. 1.301 CC y que no ha existido ningún tipo de vicio (error) en el consentimiento de la actora.

**TERCERO.-** Una vez sentado todo lo anterior, procede iniciar el estudio de las cuestiones planteadas en la litis como fondo del asunto, señalando que la acción principal que la parte demandante ejercita en estos autos es la acción resolutoria del contrato que liga a las partes (se entiende que el de depósito y administración de valores y en relación a la operación de adquisición de los bonos Fergo AISA) contemplada con carácter general en el art. 1124 CC y supone la facultad de las partes de exigir el cumplimiento de las obligaciones recíprocas con indemnización de daños y perjuicios para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. En su interpretación de esta facultad, nuestro Tribunal Supremo ha venido exigiendo la concurrencia de una serie de presupuestos de aplicación del citado precepto. Así 1º necesidad de que exista evidente reciprocidad de las obligaciones en presencia y, por lo tanto, plena bilateralidad, como ocurre en el contrato de autos de depósito y administración de valores (prestación de un servicio a cambio de un precio en forma de comisión) que es el que liga a ambas partes. 2º ha de tratarse de un verdadero y propio incumplimiento; la Jurisprudencia tiene señalado que el incumplimiento de una parte, para motivar el efecto de la resolución contractual, ha de ser serio y grave, y ha de recaer sobre los elementos esenciales de la obligación y no sobre prestaciones o cuestiones accesorias que no basten por su escasa entidad para impedir que pueda ser obtenido el fin del contrato por la parte contraria. No basta, pues, un cumplimiento defectuoso o incumplimiento parcial sino que ha de ser esencial de modo que se frustre el fin económico quedando eliminadas las legítimas expectativas de la parte perjudicada y, por tanto, su interés en el negocio (SSTS 4-10-83, 21-3-94, 24-3-97, 6-10-97, 8-11-97, 29-12-97, 29-4-1998). Por otra parte, la valoración del incumplimiento debe hacerse con criterios de equidad y buena fe (STS 28-2-86). 3º que el reclamante haya cumplido por su parte lo que le incumba pues el que incumple no puede exigir el cumplimiento de la otra parte ni resolver por la falta de ese cumplimiento (SSTS STS 19-2-69, 3-6-70, 5-6-81, 22-3-85, 22-10-85, 31-3-86, 14-4-86, 3-2-89, 27-12-90, 20-3-93, 4-12-93, 20-12-93, 9-5-94, 3-7-95, 24-11-95, 24-9-97, 6-2-99 y 5-7-99); 4º una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento en la otra parte que no la constituye el simple retraso justificado (STS 13-7-85), aunque bastará, para inferir la voluntad de incumplir, la prolongada inactividad del deudor (STS 10-3-83) con frustración de los fines del contrato (SSTS 18-11-83 y 27-10-86). Posteriormente, (STS 7-5-93) la jurisprudencia ha dulcificado la exigencia inicial de una "voluntad deliberadamente rebelde" en el sentido de que no puede pedirse una aplicación literal de la frase, que sería tanto como exigir dolo, siendo más razonable apreciar incumplimiento cuando se frustre, por la conducta de la parte, el fin contractual, o cuando se obligue, por ejemplo, al acreedor a acudir a la vía judicial para obtener el cumplimiento (SS 18 noviembre 1983 y 21 enero y 4 marzo 1986, 26-4-88, 21-9-88, 6-7-89, 2-4-93), pero ello no obsta a que la apreciación de dicho incumplimiento pertenezca al libre arbitrio de los Tribunales de instancia, ni a que la pasividad del deudor haya de producirse frente a los requerimientos de la otra parte contratante, ni a la exigencia de que quien ejercita la acción no haya a su vez incumplido. Finalmente, se exige por la Jurisprudencia que se ejercite por la parte afectada la acción de resolución o que ambas partes se muestren conformes en esa resolución.

**CUARTO.-** La primera cuestión que debe analizarse en esta sentencia es la que se refiere a la naturaleza jurídica y al alcance del contrato que liga a las partes. El contrato en el que se inscribe la operación de autos es el de depósito y administración de valores que constituye el doc. 1 de la demanda. Según este documento (cláusula 4) el banco desarrollará su actividad de depósito y administración procurado en todo momento el interés del titular. La cláusula fija las operaciones que pueden realizarse y lo hace a título enunciativo no limitativo, incluyendo las compraventas de valores y su depósito y administración. Y concluye señalando esta regla que el banco realizará "cuantos otros actos y gestiones sean convenientes para una correcta administración de los valores encomendados". Como contraprestación, el cliente pagará las comisiones y gastos de las operaciones, y facilitará fondos para la ejecución de las operaciones (cláusula 6). El contrato fija los deberes de conducta e información del banco (cláusulas 7 y 9) así como su obligación de dar curso las órdenes del titular (cláusula 8). Sentada esta premisa, debe recordarse que, como indica la sentencia



del Juzgado de 1ª Instancia nº 13 de Barcelona de 4-4-2012 (aportada por la actora), la entidades de crédito pueden ofrecer servicios de contenido muy diverso a sus clientes. Pero la doctrina entiende que, en el ámbito de la administración y gestión de valores, puede haber dos tipos de actuación: la directa que supone una administración conservativa de valores y la indirecta ya sea individual (a través de la gestora de entidades de inversión) o conjunta (a través de persona interpuesta en la modalidad de gestión colectiva). La primera tiene una finalidad puramente conservativa del contenido económico y a ella se refiere sin duda el art. 308 CCO 1885 que establece lo siguiente: "Los depositarios de títulos, valores, efectos o documentos que devenguen intereses, quedan obligados a realizar el cobro de éstos en las épocas de sus vencimientos, así como también a practicar cuantos actos sean necesarios para que los efectos depositados conserven el valor y los derechos que les correspondan con arreglo a las disposiciones legales". La segunda, además de tener una finalidad conservativa busca también la obtención de rendimientos económicos extraordinarios (rentabilidad de la gestión y una eventual plusvalía). Se trataría de un actividad de mayor complejidad que exige mayor formación y una alta cualificación en el profesional porque son necesarios conocimientos técnicos y especializados. Se trataría de una relación contractual con elementos del depósito y de la comisión la cual se sometería a la normativa del CCO 1885 para este último contrato (arts. 244 y ss). Por su parte, la STS 11-7-1998 señala que "El contrato de gestión de carteras de valores, al que se refiere el artículo 71 j) de la Ley de Mercado de Valores 24/1988, de 28 de julio, al permitir a las Sociedades de Valores "gestionar carteras de valores de terceros", carente de regulación en cuanto a su aspecto jurídico-privado, sin perjuicio de que sean aplicables al gestor las normas reguladoras del mandato o de la comisión mercantil, se rige por los pactos cláusulas y condiciones establecidas por las partes (art. 1255 del Código Civil), reconociéndose por la doctrina y la práctica mercantil dos modalidades del mismo, el contrato de gestión "asesorada" de carteras de inversión en que la sociedad gestora propone al cliente inversor determinadas operaciones siendo éste quien decide su ejecución, y el contrato de gestión "discrecional" de cartera de inversión en que el gestor tiene un amplísimo margen de libertad en su actuación ya que puede efectuar las operaciones que considere convenientes sin previo aviso o consulta al propietario de la cartera; no obstante en ambos casos y de acuerdo con el artículo 3.2 del Real Decreto 1849/1980, de 5 de septiembre, vigente al tiempo de los hechos litigiosos, "en caso de gestión de carteras, el gestor originará la orden en función de lo previsto en el contrato de gestión". En lo que se refiere a la existencia o no de un deber de asesoramiento, la actual LMV (tras la reforma por la Ley 47/2007) establece en su artículo 63.1 lo que se entiende por servicios de inversión, lo que incluye la recepción y transmisión de órdenes de clientes sobre instrumentos financieros, la ejecución de dichas órdenes y (letra d) "La gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión con arreglo a los mandatos conferidos por los clientes". Por otra parte, en el punto g) de la misma norma se señala que también forma parte de los servicios de inversión "El 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". Por otra parte, en el punto 2 del mismo artículo 63 se califica de servicio auxiliar la "custodia y administración por cuenta de clientes de los instrumentos previstos en el art. 2". Obviamente, esta normativa no era la que estaba vigente en el momento en que se suscribió el contrato de autos (4-10-2006) pero la Ley 47/2007 lo que realizó fue la adaptación de la LMV a la directivas 2004/39/CE y 2006/73/CE del Consejo y del Parlamento de la UE, normas que sí que estaban en vigor cuando se otorgó el contrato. Por ello se estima que la actual LMV puede valorarse en este caso en relación a la cuestión que se analiza y como criterio interpretativo. Es más, la reciente sentencia de 30-5-2013 del TJ (UE) señala que "El artículo 4, apartado 1, punto 4, de la Directiva 2004/39 debe interpretarse en el sentido de que el hecho de ofrecer un contrato de permuta financiera a un cliente con objeto de cubrir el riesgo de variación del tipo de interés de un producto financiero que ha suscrito dicho cliente es un servicio de asesoramiento en materia de inversión, tal como se define en dicho precepto, siempre que la recomendación relativa a la suscripción de ese contrato de permuta se dirija a dicho cliente en su calidad de inversor, que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público". Y se estima que esa misma argumentación resulta analógicamente aplicable al caso de autos en que se comercializaron los bonos Fergo Aisa respecto de unos clientes concretos a los que se hizo la oferta en su calidad de inversores particulares (consumidores) y en consideración a sus circunstancias personales.



Resta por añadirse que en el caso de autos constan otros datos concretos que merecen ser destacados. En este sentido, el señor [redacted] declara en la vista y señala que Bankpime comercializaba productos de inversión y que era una gestora pequeña, muy especializada y de mucho prestigio en materia de inversiones. Añade que los clientes acudían a la entidad buscando alternativas de inversión que les ofreciesen mayor rentabilidad tanto en renta fija como variable y mixta. Expone que los clientes acudían a la oficina cuando se producía el vencimiento de alguna inversión y entonces los profesionales les comentaban el abanico de productos de inversión disponibles. En el caso de los bonos Férreo Aisa el testigo señala que el producto fue presentado como una inversión complementaria y buscando diversificar las inversiones y, por tanto, los riesgos. Se trataba de un producto que comercializaba Bankpime, tal y como puede verse en el doc. 7 de la demanda (publicidad de la emisión) en la que consta que la demandada era el agente de la emisión y entidad colaboradora. Añade el testigo que él proponía los productos y que doña [redacted], como el resto de clientes, era la que decidía. Por otra parte, en la audiencia previa se aportan por la actora dos documentos relevantes. En el primero de ellos, Bankpime se publicita en el año 1999 en un diario como "asesor", añadiendo que fija el perfil de inversor del cliente mediante un programa Demo-asesor y le informa de los productos de inversión, encargándose de todos los trámites administrativos. Y se indica expresamente que la entidad dispone de más de 700 profesionales para aconsejar al cliente y fijar su perfil de inversor. Y el segundo documento es una comunicación a los accionistas del Director y del Presidente de la entidad en el que se califica a Bankpime como "una entidad especializada en banca de clientes de gestión global, mediante un servicio de 360° en el que el asesoramiento de calidad se convierte en un alto valor añadido.

Así las cosas y valorando todo lo anterior, se estima que el contrato de autos constituye un contrato de gestión de cartera de valores indirecta, individual y con asesoramiento por parte de los profesionales especializados de la entidad. Y es que la actora es una simple consumidora jubilada que carece de formación y conocimientos en materia financiera (se verá más adelante en esta misma sentencia) y que, por ello, acude a profesionales especializados en busca de rentabilidad para sus ahorros con el fin de complementar su pensión de jubilación, no simplemente a obtener una administración pasiva y meramente conservativa de la cartera.

**QUINTO.-** La parte actora afirma que el contrato es nulo porque no existió consentimiento por su parte, lo que conllevaría la nulidad radical del negocio. Pues bien, conforme al art. 1.261 1º CC el consentimiento es un elemento esencial de todo contrato que, de acuerdo con el art. 1262 CC, consiste en el concurso de la oferta y la aceptación sobre el objeto y la causa del negocio. Supone, pues, una declaración de voluntad libre y consciente, clara e inequívoca, expresa o tácita (con actos concluyentes) y exteriorizada que se aúna a otra voluntad ajena con el concurso de oferta y aceptación (SSTS 14-6-63, 7-12-66, 23-3-88 etc...). Cualquier persona mayor de edad y capaz puede prestar el consentimiento ex art. 1263 CC a "sensu contrario". Pues bien, en el caso de autos queda claro que doña Nuri consintió la operación de adquisición de los bonos ya que suscribió la orden de compra y se confirmó la operación (doc. 2 de la demanda), consintió el correspondiente cargo en su c/c y recibió los rendimientos producidos (cupones, como se reconoce en la demanda). De ahí la titularidad de los bonos por parte de la mujer. Así las cosas, cabe concluir que en este caso sí concurrió el consentimiento de la mujer, siendo cuestión distinta la de si ese consentimiento estaba o no viciado por el error, lo que se analizará más adelante en esta misma sentencia.

La demandante también afirma que la operación es radicalmente nula por incumplimiento de normas imperativas (art. 6.3 CC) que son las que regulan los deberes de información al cliente. Se trataría de la Ley 47/2007 de 19 de diciembre que modificó la Ley 24/88 del Mercado de Valores; la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de 21-4-2004 que regula los instrumentos financieros; el RD 629/1993 de 3 de mayo sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios derogados después por el RD 217/2008 de 15 de febrero sobre el Régimen Jurídico de las empresas de inversión y demás entidades que prestan esos servicios, y, por último, la Ley 26/1988 de 29 de julio sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. El precepto legal citado del CC establece que los actos contrarios a las normas imperativas y a las



prohibitivas son nulos de pleno de derecho salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de convencional. La jurisprudencia ha señalado que la nulidad de pleno derecho (SSTS 25-6-68 y 26-11-68); apreciable a instancia de parte o de oficio (SSTS 27-5-49 y 27-10-49); debe ser probada por quien la alega (STS 28-6-71) y ha de aparecer claro el carácter coactivo o prohibitivo de la ley (SSTS 14-12-71 y 28-5-73). Pues bien, en lo que a la Directiva comunitaria se refiere, debe recordarse que estas normas, a diferencia de los Reglamentos, no resultan de aplicación directa en los estados miembros de la Unión Europea sino que resulta preciso el dictado de una norma interna que desarrolle la directiva y regule la materia (sentido, alcance y efectos) de acuerdo con las pautas establecidas por la norma comunitaria. En este caso, este cometido lo lleva a cabo la Ley 47/2007. Así, lo que podrá ser alegado es esa norma interna que aplica en nuestro país la Directiva. Y en cuanto a la Ley 26/1988, es una norma de naturaleza administrativa que, en un caso (art. 48.2), otorga unas facultades al Ministerio de Economía y Hacienda en relación a la contratación por las entidades de crédito y con la finalidad de proteger a la clientela activa y pasiva. Por ejemplo, letra h), "Determinar la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes con antelación razonable a que estos asuman cualquier obligación contractual con la entidad o acepten cualquier contrato u oferta de contrato, así como las operaciones o contratos bancarios en que tal información pre-contractual será exigible. Dicha información tendrá por objeto permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y, cuando pueda verse afectada, a su situación financiera". Y en otro supuesto (art. 42.2), la norma se refiere a la potestad sancionadora del Banco de España o de la Administración del Estado en relación a ciertas infracciones que pudieran haber cometido las entidades de crédito. Así las cosas, la alegación de la actora queda centrada básicamente en la LMV, la Ley 47/2007 y en el RD 217/2008 (antes el 629/1993). Pues bien, la Ley citada habla en el capítulo al que corresponden los artículos 79 y 79 bis de normas de conducta a las que deben atenerse las entidades de inversión. La ley del MV prevé una responsabilidad administrativa y regula las sanciones y el procedimiento sancionador. En la exposición de motivos de la Ley 47/2007 se dice que "esta Ley tiene como objetivo prioritario reforzar las medidas dirigidas a la protección de los inversores. Precisamente como consecuencia de la creciente complejidad y sofisticación de los productos de inversión y el constante aumento en el acceso de los inversores a los mercados, la protección del inversor adquiere una relevancia prioritaria, quedando patente la necesidad de diferenciar entre distintos tipos de inversores en función de sus conocimientos. Así, la Ley establece un amplio catálogo de normas a las que ha de sujetarse la actuación de quienes presten servicios de inversión". Por su parte, el RD 217/2008 regula más en detalle las obligaciones de información a sus clientes que deben observar las entidades de inversión, y los estudios de idoneidad y conveniencia que deben realizar. Así las cosas, se estima que esta normativa no es de "ius cogens" ya que no se desprende de la misma de forma clara el carácter coactivo que debe presidir en toda norma imperativa. Se comparte así lo expuesto por la SAP Madrid –Sección 25ª- 27-7-2012 la cual señala que "Esta misma Sección 25ª en sentencia de 4 de julio 2012 y con cita de otra de 14 febrero 2012 de la Sección 13ª también de esta A.P. recordaba que el mero incumplimiento de obligaciones impuestas por la Ley 26/1988, de 29 julio; la Ley 24/1988 o R.D. 217/2008 no produce por sí mismo y sin más la nulidad del contrato financiero concertado aunque tiene trascendencia para valorar la formación del consentimiento". En un sentido similar, puede citarse la SAP Barcelona –Sección 15ª- 22-3-2012. Por su parte, la SAP Salamanca –Sección 1ª- 24-7-2012 señala que "las relacionadas normativas del mercado de valores será sujeta a una inacabada polémica sobre su naturaleza administrativa o jurídica privada (Integrando o no, por tanto, el contenido del contrato suscrito por las partes), pero que, en todo caso, no puede ser ignorada en cuanto puede y debe integrarse como supuesto de hecho de la norma privada aplicable (en este sentido STS 20-1-2003)". En otras palabras, el cumplimiento del deber de información de la entidad de crédito debe analizarse en relación al consentimiento con el debido conocimiento del producto que debe prestar el cliente, y, por tanto, en relación a la posible nulidad del negocio por la concurrencia de un vicio del consentimiento (error) o al posible incumplimiento contractual de obligaciones con efectos resolutorios del negocio. Esto mismo es lo que expone con claridad la SAP Castellón –Sección 3ª- 26-9-2011. No desconoce este juzgador, sin embargo, que existe jurisprudencia menor que considera que el incumplimiento de la normativa citada conlleva la nulidad radical del contrato (SSAP Barcelona -Sección 11ª- 30-1-2012 y 13-7-2012, y Zaragoza –Sección 4ª- 13-6-2012), si bien en esos supuestos la cuestión esencial planteada se refiere al error en el consentimiento (que se estima concurre) de modo que la materia que ahora se analiza se aborda a modo de argumento "obiter dicta". En cualquier caso,





hay un dato esencial que debe tenerse en cuenta: un gran número de sentencias dictadas en supuestos similares al de autos (o de Swap) desestiman las pretensiones de nulidad al entender que, aun existiendo falta de información por parte de la entidad bancaria, el error del cliente no es excusable dadas las concretas circunstancias concurrentes (conocimientos específicos del mismo, experiencia empresarial, etc...). Pues bien, en esos casos, de entenderse que la LMV o el RD 217/2008 son normas imperativas o de "ius cogens", se debería haber decretado la nulidad radical de los contratos pero no ha sido así.

**SEXTO.-** El primer motivo de incumplimiento contractual que la demandante imputa a Ipme 2012 SA es el que se refiere al compromiso de recompra de los bonos. Argumenta la demandante que ese compromiso constaba en el reverso de la orden de compra aportando como prueba el doc. 5. Pues bien, en primer lugar debe reseñarse que el doc. 5 demanda no es la orden de doña Nuri sino de otros clientes, si bien tiene lugar en la misma época (julio del 2006) y se refiere al mismo producto (puede verse comparando el doc. 5 con el 2 ambos de la demanda). Por tanto, no puede saberse exactamente si el documento de compra de la actora era igual al aportado como nº 5, es decir, si tenía el mismo contenido. En segundo término, debe indicarse que es cierto que en el reverso del doc. 5 se hacen constar las condiciones generales de una operación de compraventa con pacto de recompra de activos financieros negociados en mercados organizados. Este tipo de operación es una de las que Bankpime podía hacer según la cláusula 5 del contrato (doc. 1 demanda) pero no la única. Ahora bien, en el anverso de la orden de compra consta una remisión expresa a las condiciones generales del contrato de administración y depósito de valores, y no a las del reverso del propio documento. Y obviamente lo que no resultaría posible por ilógico es que una misma operación tuviera dos clausulados de condiciones generales. Por otra parte, el contrato del reverso del documento exige como requisitos que consten una serie de datos: fecha de valor, fecha de recompra, efectivo de compra y efectivo de recompra. Ninguno de estos datos consta en el anverso del documento ni tampoco en el doc.2. Y en la condición general 5 del reverso se regula un interés nominal en base a una fórmula que tiene en cuenta entre otros factores los dos efectivos antes citados. Y el interés que regula el folleto de la emisión (doc. 11 demanda) nada tiene que ver con el del reverso del documento de compra. En tercer lugar, debe indicarse que la operación del reverso del documento exigiría, en primer lugar, que el banco comprara los valores y que, después, los vendiese al cliente con el pacto de recompra. Pues bien, en este caso los valores los adquiere directamente la mujer mediante suscripción de una parte de la emisión de bonos. Por ello, en el doc. 5 la clase de operación se califica como suscripción, y en el doc.2 consta la compra por parte de la mujer si bien a través de Bankpime. No hay constancia alguna de que Bankpime haya adquirido los bonos y luego los haya transmitido a la mujer. De hecho, Bankpime es el agente comercializador de la emisión y así consta en el folleto de la emisión (doc.11 demanda) donde se indica que la demandada colocará el producto entre sus inversores mediante sus medios de distribución y sin asumir la obligación de anticipar fondos. Por estas razones, se estima que en este caso no existía el pacto de recompra de modo que en este ámbito no puede haber ningún incumplimiento de la demandada. Resta por indicarse que, en todo caso, se estima una práctica incorrecta, inadecuada y que puede llevar a la confusión al consumidor, la de utilizar para la suscripción de los bonos un impreso que en su reverso lleva redactado un clausulado general que nada tiene que ver con la operación que se realiza.

**SÉPTIMO.-** La segunda imputación de incumplimiento contractual que la actora dirige contra la demandada se refiere a las obligaciones contractuales y legales de información y asesoramiento que deben observar las entidades que comercialicen el producto, muy especialmente cuando el mismo sea suscrito por un consumidor. Así, la sentencia de la Audiencia de Pontevedra –Sección 1ª- de 4 de abril de 2013 (en materia de participaciones preferentes pero aplicable a este caso), puntualiza: "La consecuencia jurídica de ello es la prevista por el propio art. 79 bis LMV, especialmente en sus apartados 6 y 7, aplicable ante actos de asesoramiento o de prestación de otros servicios sobre ellas a favor de clientes minoristas. La empresa de servicios de inversión -entre las que se incluyen las entidades de crédito- que asesore, coloque, comercialice o preste cualquier clase de servicio de inversión sobre tales valores complejos debe cumplir determinadas obligaciones, y entre ellas, por lo que ahora interesa, una obligación de información imparcial, clara y no engañosa. Deber de información reduplicado cuando de consumidores y usuarios se trata, como es en el presente caso. Consumidores minoristas que, según lo dispuesto ya en el art. 13 Ley 26/1984, de 19 de julio, para la defensa de los consumidores y usuarios, o en su Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007; art. 60; debe existir una información previa al



contrato relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales y en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas. Información comprensible y adaptada a las circunstancias".

Tal obligación de información clara, completa y adaptada a las circunstancias de cada inversor se convierte en pieza clave para el enjuiciamiento del caso. Así lo destaca, en el ámbito de la Audiencia Provincial de Valencia, la Sentencia de la sección 6ª de 12 de julio de 2012: "Debe tenerse en cuenta que el artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores, 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. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, concretó, aún más, la diligencia y transparencia exigidas, desarrollando, en su anexo, un código de conducta presidido 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 toda operación conlleva" (art. 5.3). Dicho Real Decreto fue derogado por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, conocida por sus siglas en inglés como MIFID (Markets in Financial Instruments Directive). La citada norma 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. 78 bis); 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, 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, experiencias financiera y aquellos objetivos (art. 79, bis núm. 3, 4 y 7)".

En palabras de la reciente SAP Madrid -Sección 25ª. 27-7-2012, "la Ley de Mercado de Valores 24/1988 de 28 de julio... modificada por la Ley 47/2007 de diciembre de 2007 que traspone, entre otras, la Directiva 2004/39 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, (no íntegramente) en el ordenamiento español, tras proclamar el deber de transparencia y diligencia de esas entidades, su artículo 79 bis enunciado como deber de información, exige a la entidad financiera un actuar con claridad, imparcialidad y no engañoso y por tanto la información que ha de practicarse como señala el art. 79 bis-2, ha de implicar que el cliente pueda, en palabras del legislador, "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" (art. 79 bis-3), es decir, que el cliente ha de conocer y comprender el alcance y contenido de la operación, el riesgo que asume y sólo cuando conoce tales aspectos decidir si acepta o no la operación. Ese deber informativo se ha reforzado, desarrollado y especificado aun más, manifestando así su trascendencia práctica, sobre todo a clientes minoristas con el Real Decreto 218/2008 de 15 de febrero,... que exige como norma general la suficiencia de la información (artículo 60) -, la antelación suficiente en su práctica (artículo 62) salvo excepciones que no son al caso; y expresamente tratándose de productos financieros, "una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros" (artículo 64). En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas. Es más si la información contiene datos sobre resultados futuros, el artículo 60.5 impone que "se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos"

En la fecha en la que tuvo lugar la contratación de los bonos Fergo Aisa objeto de controversia, se encontraba vigente el RD 629/1.993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios cuyo objeto era la concreción de los deberes de diligencia y de información transparente dada a la clientela por aquellas personas o entidades, públicas o privadas, que realicen cualesquiera actividades relacionadas con los Mercados de Valores, así como de las Sociedades y Agencias de valores. En el anexo de este real Decreto se contenía un código general de conducta de obligado cumplimiento cuya finalidad era atender en todo caso al interés de los inversores y al buen funcionamiento y transparencia de los mercados. Este código se configuró sobre los principios de imparcialidad y buena fe, cuidado, diligencia y deber de dar a la clientela la información clara, correcta, precisa, suficiente, basada en criterios objetivos adecuada a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión, pero





también a fin de que la clientela pudiera conformar plenamente su voluntad contractual, así como adoptar, con pleno conocimiento, la decisión de inversión, por lo que deba facilitar toda la información relevante (artículo 5). Estableciendo el mismo precepto en su apartado tercero que los sujetos obligados deberían hacer hincapié en los riesgos que toda operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo.

Así el artículo 4 dispone:

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 última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer.
2. La información que las Entidades obtengan de sus clientes, de acuerdo con lo previsto en el apartado anterior, tendrá carácter confidencial y no podrá ser utilizada en beneficio propio o de terceros, ni para fines distintos de aquellos para los que se solicita.
3. Las Entidades deberán establecer sistemas de control interno que impidan la difusión o el uso de las informaciones obtenidas de sus clientes.

Por su parte el artículo 5 dispone que:

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.
2. Las Entidades deberán disponer de los sistemas de información necesarios y actualizados con la periodicidad adecuada para proveerse de toda la información relevante al objeto de proporcionarla a sus clientes.
3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.
4. Toda información que las Entidades, sus empleados o representantes faciliten a sus clientes debe representar la opinión de la Entidad sobre el asunto de referencia y estar basada en criterios objetivos, sin hacer uso de información privilegiada. A estos efectos, conservarán de forma sistematizada los estudios o análisis sobre la base de los cuales se han realizado las recomendaciones.
5. Las Entidades deberán informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesario al interés del cliente. Sólo cuando por razones de rapidez ello no resulte posible, deberán proceder a tomar por sí mismas las medidas que, basadas en la prudencia, sean oportunas a los intereses de los clientes.
6. Deberán manifestarse a los clientes las vinculaciones económicas o de cualquier otro tipo que existan entre la Entidad y otras Entidades que puedan actuar de contrapartida.
7. Las Entidades que realicen actividades de asesoramiento a sus clientes deberán:
  - a. Comportarse leal, profesional e imparcialmente en la elaboración de informes.
  - b. Poner en conocimiento de los clientes las vinculaciones relevantes, económicas o de cualquier otro tipo que existan o que vayan a establecerse entre dichas Entidades y las proveedoras de los productos objeto de su asesoramiento.
  - c. Abstenerse de negociar para sí antes de divulgar análisis o estudios que puedan afectar a un valor.
  - d. Abstenerse de distribuir estudios o análisis que contengan recomendaciones de inversiones con el exclusivo objeto de beneficiar a la propia compañía.

Por otra parte, la ya citada STS 11-7-1998 señaló que: "El título VII de la Ley de Mercado de Valores contiene una serie de normas de conducta de las Sociedades y Agencias de Valores presididas por la obligación de dar absoluta prioridad al interés del cliente (art. 79), lo que se traduce, entre otras, en la obligación del gestor de informar al cliente de las condiciones del mercado bursátil, especialmente



cuando, y no obstante la natural inseguridad en el comportamiento del mercado de valores, se prevean alteraciones en el mismo que puedan afectar considerablemente a la cartera administrada y así en el artículo 255 del Código de Comercio impone al comisionista la obligación de consultar lo no previsto y el artículo 260 dispone que el comisionista comunicará frecuentemente al comitente las noticias que interesen al buen éxito de la negociación; en el ámbito del mandato regulado en el Código Civil, en que no existen preceptos de idéntico contenido a los del Código de Comercio citados, tal deber de información en el sentido expuesto viene exigido por la prohibición de extralimitación en las facultades concedidas al mandatario salvo cuando éste, ante un cambio de las circunstancias, y a falta de instrucciones del mandante, actúa en forma mas beneficiosa para éste, ante la imposibilidad de recibir instrucciones del mismo". A lo anterior ha de añadirse que el art. 255.2 CCO exige al comisionista que actúe con prudencia y de acuerdo con los usos de comercio cuando no sea posible la consulta con el cliente. Y el art. 259 que el comisionista deberá observar lo dispuesto en leyes y reglamentos respecto a la negociación que se le hubiere confiado y será responsable de los resultados de su contravención u omisión. Por su parte, en el contrato de autos (doc. 1 demanda) se establece (cláusula 7) que se aplicaran al negocio las normas de conducta de la LMV; y en la cláusula 9 se regula la información que debe proporcionar el banco que será la que se refiera a todas las operaciones con movimientos de efectivo que se realizará mediante las notas de cargo y descargo; y a todos los hechos y datos que sean relevantes para los valores depositados y administrados que se hará mediante comunicaciones escritas; además, las partes se someten expresamente a los requisitos de información de la legislación del mercado de valores.

La conclusión la fija la SAP Valencia 30-10-2008 –Sección 9ª- (con cita de la del mismo Tribunal de 17-7-2008) cuando señala: cierto es, como señala algún autor, y este mismo Tribunal ha tenido ocasión de declarar en Sentencia de 14 de noviembre de 2005, que la especial complejidad del sector financiero -terminología, casuismo, constante innovación de las fórmulas jurídicas, transferencia de riesgos a los clientes adquirentes...- dotan al mismo de peculiaridades propias y distintas respecto de otros sectores, que conllevan la necesidad de dotar al consumidor de la adecuada protección tanto en la fase precontractual -mediante mecanismos de garantía de transparencia de mercado y de adecuada información al consumidor (pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación)- como en la fase contractual -mediante la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales, a fin de que la relación guarde un adecuado equilibrio de prestaciones - como finalmente, en la fase postcontractual, cuando se arbitran los mecanismos de reclamación. La Ley de Mercado de Valores y el Código General de Conducta de los Mercados de Valores, en lo relativo a la información a suministrar al cliente, considera que las entidades deben ofrecer y suministrar a sus clientes toda la información relevante para la adopción por ellos de las decisiones de inversión, dedicando el tiempo y la atención adecuada para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. Con arreglo a tal normativa, la información debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y haciendo expreso hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo a fin de que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata".

Finalmente, y para completar la aproximación preliminar al objeto del procedimiento, no hay que pasar por alto que la situación descrita conlleva una inversión de la carga probatoria, de forma que la entidad financiera sujeta al cumplimiento de las mencionadas obligaciones es la parte que habrá de demostrar su diligente actuación en las operaciones realizadas, más aún cuando estamos ante productos adquiridos por consumidores. Así lo recuerda la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia -Sección 6ª- de 12-7-12: "En relación con 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 complejos, ha de citarse la STS Sala 1ª, de 14 de noviembre de 2005 en la que se afirma que 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 (la de un comerciante experto y según el patrón de la culpa leve en términos de las SSTS 24-5-43, 15-7-88 y 20-1-2003), y, en segundo lugar, la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de los clientes se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de dicha información. Por tanto, el eje básico de los contratos, cualesquiera que sean sus partes, es el consentimiento de las mismas sobre su esencia, que no debe ser prestado, para surtir eficacia, de forma errónea, con violencia, intimidación o dolo, y esta voluntad de consentimiento para ser válida y eficaz exige por su propia naturaleza que los contratantes tengan plena conciencia y conocimiento claro y exacto de aquello sobre



lo que presta su aceptación y de las consecuencias que ello supone. Esta igualdad esencial que respecto de las partes debe presidir la formación del contrato, ha de desplegar su eficacia en las diferentes fases del mismo. En la fase precontractual debe procurarse al contratante por la propia entidad una información lo suficientemente clara y precisa para que aquel entienda el producto o servicio que pudiera llegar a contratar y si se encuentra dentro de sus necesidades y de las ventajas que espera obtener al reclamar un servicio o al aceptar un producto que se le ofrece. En la fase contractual basta como ejemplo la existencia de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación, en cuyo artículo 8 se mencionan expresamente las exigencias de claridad, sencillez, buena fe y justo equilibrio de las prestaciones en el contrato suscrito entre las partes, que por la propia naturaleza del contrato van a ser fijadas por el Banco en este caso. Posteriormente, ya firmado el contrato, se exige igualmente arbitrar unos mecanismos de protección y reclamación que sean claros y eficaces en su utilización y que vayan destinados a la parte que pudiera verse perjudicada por la firma del contrato, en defensa de los posibles daños a sus intereses".

**OCTAVO.-** Proyectando toda la doctrina anterior al caso de autos, procede efectuar las siguientes consideraciones:

1º En primer lugar, parece difícil sostener que la compra de los bonos de autos fuera decidida por la actora en su propio interés como inversora, dada la falta de conocimientos y de formación en materia financiera (así se alega en la demanda, no se niega rotundamente en la contestación y, además, nada se prueba en contra por Ipme 2012 SA). De hecho, los datos de la demanda referidos al momento de la contratación (mujer de unos 70 años -nació en el año 1936 según su DNI-, viuda, jubilada, de profesión dependiente en un taller artesano) son confirmados por el señor Irazo Espallargas en la vista que es un vecino de doña a la que afirma conocer desde hace 50 años. Este testigo añade además que no cree que la mujer tenga gran experiencia ni conocimientos en materia financiera. Estamos pues ante una cliente normal de una entidad bancaria que suele destinar sus ahorros a operaciones seguras (sin riesgo de pérdida del capital) que puedan producirle cierta rentabilidad, que confía en la entidad y se deja asesorar por los profesionales de la misma. Todo apunta a que estamos, pues, ante una persona normal y corriente y con escasos conocimientos, formación y experiencia en materia de productos financieros bancarios. Es más, hablamos de personas que por su edad y profesión no podían tener conocimientos en materia de productos de inversión. Tampoco consta un nivel de estudios elevado y consta que la mujer nunca ha trabajado en el sector financiero.

2º La demandante es claramente un cliente minorista y consumidora porque cumple los requisitos del RD Lec. 1/2007 (y de la Ley 16/84 de defensa del consumidor y usuario de 19-7-1984 que es la que estaba vigente en el año 2006). En efecto, de acuerdo con los artículos 3 y 4 R.D. Leg. 1/2007 de 16-11-2007, es un empresario y no un consumidor el que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, no siendo éste el caso de doña . De hecho, el artículo 3 de la norma citada establece dentro del concepto general de consumidor y usuario que: "A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional", es decir y como explica la exposición de motivos "El consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros". En igual sentido se pronuncian los arts. 1.2 y .3 de la Ley 16/84 ya que esta norma considera consumidores a los destinatarios finales del producto que adquieren ya que no lo integran en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros. Este es el caso de doña Nuri que actúa con fines privados buscando un rendimiento para sus ahorros. Así, se observa que estamos ante una persona que busca rentabilidad, seguridad y disponibilidad para sus inversiones.

3º La demandada pretende acreditar que el perfil de la demandante, dadas las inversiones anteriores efectuadas por ella, no es el de un inversor conservador sino agresivo. La demandada aporta documentación sobre los productos adquiridos por la actora entre 1998 y 2009. Son (sin contar el de autos) 5 productos, de ellos 3 de perfil moderado y de renta fija o renta fija mixta. Y dos son de riesgo alto y renta variable o variable mixta. Por otra parte, hay dos depósitos, uno denominado "plus" que es un depósito a plazo fijo y otro llamado "ocasión 12" del que no se aportan datos pero del que todo hace pensar que también es a plazo fijo. Ahora bien, los dos



productos de riesgo fueron contratados en 1998, cuando la mujer tenía 62 años y sin duda estaba activa laboralmente. Desde entonces y durante 11 años todos los productos contratados por ella son de perfil moderado depósitos a plazo fijo. Y en cuanto a los bonos de autos, el señor reconoce que Bankpime presentó este producto como de tipo "moderado-conservador" y para complementar la cartera. Lo anterior evidencia que el perfil descrito por la mujer en la demanda es correcto.

4º En lo que hace referencia a la información sobre el producto recibida por la actora deben efectuarse ciertas consideraciones. En primer lugar, debe destacarse que la parte demandada no ha realizado un gran esfuerzo probatorio en orden a acreditar que prestase al cliente una información clara, comprensible y completa sobre las características y los riesgos del producto que suscribía, ni tampoco se ha demostrado que se explicase al cliente lo que la adquisición comportaba.

En segundo término, cabe señalar que la información suministrada verbalmente por el empleado de la entidad (señor ) tampoco puede ser considerada como adecuada ni suficiente según la prueba practicada. De hecho, en la vista declara este señor quien no acredita haber sido formado debidamente por la entidad sobre el producto. Solamente indica que Bankpime daba unas directrices y presentó las características del producto, así como que los clientes tenían a su disposición en la oficina el folleto de la emisión. Así las cosas, si el profesional que comercializaba el producto no recibió una formación adecuada sobre el mismo, difícilmente pudo dar una información adecuada y suficiente a los clientes sobre los bonos. El hombre reconoce no recordar la operación de autos. Indica que no se informó sobre los conocimientos y formación de la actora ya que explica que no se entró en esos detalles, y es destacar que desconoce incluso que la mujer fuera viuda. Así, el profesional desconocía todo sobre el perfil de la señora de modo que no aclara a entenderse cómo puede afirmar que estaba seguro de que la mujer conocía los riesgos del producto (poder perder el capital invertido) y que podía valorar adecuadamente la operación. En todo caso, lo trascendente no es la percepción subjetiva del profesional (la cual puede ser errónea) sino la información objetiva suministrada. El testigo admite que era él quien proponía los posibles productos a contratar y que el cliente decidía. El cliente acudía a la oficina cuando se producía un vencimiento y podía suscribir el nuevo producto aquel mismo día. Por tanto, de haber ocurrido esto en el caso de autos, la actora no habría dispuesto de suficiente tiempo como para poder valorar con calma y tranquilidad el alcance de la operación. El testigo afirma que hizo hincapié sobre todo en la buena rentabilidad de los bonos (5 %) así como en el hecho de que el plazo de amortización no era muy largo (5 años). Y que también era un producto atractivo para complementar la cartera diversificando las inversiones. No consta en cambio que informara al cliente de los riesgos de la operación y es que Bankpime la comercializaba como de riesgo bajo (perfil conservador y riesgo moderado). Y el folleto de la emisión (doc. 11 demanda) indica claramente que esos riesgos existían. Así, había riesgo en los valores porque, de un lado, no ofrecían derechos de preferencia crediticia en caso de situación concursal del emisor (el suscriptor sería un acreedor común más) y, del otro, podía haber fluctuaciones de tipos de interés en el mercado. Y también había riesgos de crédito en los valores y riesgo del emisor porque ni el producto ni AISA tenían asignada ninguna calificación (rating) por las agencias de calificación de riesgo crediticio. Tampoco se informó que los valores colizaban en el mercado secundario de renta fija Aiaf y los riesgos que eso podía suponer. Ni cómo funciona este mercado secundario en el que se negocian este tipo de productos y tampoco cómo es la disponibilidad

A todo lo anterior hay que añadir que tampoco consta que se informara a la mujer de la situación del emisor que la demandada tenía que conocer perfectamente. En efecto, AISA y Bankpime pertenecen al mismo grupo que es el de Agrupació Mutua. Así lo indican los documentos 6 y 7 de la demanda. De hecho, Fergo AISA es una filial del Grup Agrupació Mutua como consta en el doc. 7. El señor Perelló Capo reconoce en la vista que Fergo AISA tenía participación en Agrupació Mutua y ésta en Bankpime (26,20 % según el doc. 6 citado). En otras entidades Bankpime como la gestora de fondos de pensiones, Agrupació Mutua tenía el 100 % del capital. Y había coincidencia de órgano social y domicilio con Bankpime FP III y IV. Por otra parte, Bankpime era agente de la emisión y entidad colaboradora (doc. 7 citado), y percibía una comisión por la colocación del producto (consta en el folleto de la emisión), de manera que existía un claro conflicto de intereses en la actuación de la demandada entre su propia remuneración y actuación a favor de Fergo AISA como agente suyo, de un lado, y la



lealtad y fidelidad a los clientes inversores. Y el doc. 8 demanda muestra que han existido personas que han ostentado cargos directivos al mismo tiempo (presidente, vicepresidente, consejero o consejero-delegado) en las tres sociedades ya mencionadas. En cuanto a la situación de Fergo AISA en el momento de la contratación, existen indicios en autos de que en ese momento ya atravesaba una situación económica difícil. Así, según el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias que obra en el folleto de emisión, los fondos propios eran claramente inferiores a las deudas a corto y largo plazo. Además, los resultados de explotación de los años 2005 y 2006 fueron negativos y los resultados definitivos de los ejercicios fueron cifras positivas pero muy pequeñas en comparación con las deudas y con la emisión que tenía un valor total de 25 millones de euros. Además, la finalidad de la emisión era, al menos en parte, la refinanciación de la emisión anterior tal y como se señala en la demanda y no se niega en la contestación, y como confirma el folleto de emisión (doc. 11 demanda). Por tanto, si la primera emisión de bonos ha precisado de una segunda para refinanciarse, es obvio que este dato (que no se indicó a la inversora) ya hace pensar en ciertas dificultades económicas o de liquidez en la empresa. Por último y como colofón de todo lo expuesto, el doc. 9 demanda muestra que no mucho después del contrato (a mediados del 2007) las acciones en bolsa de Fergo AISA se desplomaron en su cotización en apenas 6 meses desde casi 26 puntos hasta 2 puntos. Resta por decirse que es la demandada la que tiene mayor facilidad y disponibilidad probatorias en relación a la situación de F. AISA pero que ninguna prueba ha instado en este sentido. Además, la demandada tampoco avisó a la actora en los años 2007 y 2008 a la vista de la situación de AISA como debería haber hecho en cumplimiento de su deber de asesoramiento.

Por último y en tercer lugar, no consta que se entregara a la demandante ninguna documentación informativa sobre los bonos ya que no se ha aportado la orden de compra y no consta que se entregara el folleto que constituye el doc. 11 de la demanda que la actora afirma haber obtenido con posterioridad vía Internet de la CNMV y que el señor Perelló Capo no sabe (dice que no recuerda) que se entregara en su día a la mujer. Por otra parte, reseñar que la demandada afirma que la actora ha recibido información fiscal sobre el producto y también los documentos acreditativos de los rendimientos obtenidos. Pues bien, esta documental (aportada con la contestación) se remite obviamente tras la contratación y, en cualquier caso, no contiene datos sobre las características esenciales del producto ni sobre los riesgos que conlleva. Por tanto, no puede pretender ampararse la demandada en esta documentación para tratar de justificar el cumplimiento de su deber de información.

5º Los bonos de AISA deben ser considerados como un producto complejo. La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1ª, de 4 de abril de 2013, describe de forma detallada las características de un producto complejo: "Calificación que también puede hacerse con fundamento en el actual art. 79 bis 8.a) Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que considera valores no complejos a dos categorías de valores. En primer lugar, a los valores típicamente desprovistos de riesgo y a las acciones cotizadas como valores ordinarios éstas cuyo riesgo es de «general conocimiento». Así, la norma considera no complejos de forma explícita a las acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; a los instrumentos del mercado monetario; a las obligaciones u otras formas de deuda titulizada, salvo que incorporen un derivado implícito; y a las participaciones en instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo. En segundo lugar, como categoría genérica, el referido precepto considera valores no complejos a aquellos en los que concurran las siguientes tres condiciones:

- Que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor
- Que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento.
- Que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características. Esta información deberá ser comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento".

Pues bien, se estima que los bonos de autos de acuerdo con lo anterior son calificables como valor complejo porque no aparece en la lista legal explícita de valores no complejos y porque no cumplen los tres referidos



requisitos. Por su parte la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1ª, de 30 de enero de 2013, con cita de la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 16 de febrero de 2012, indica lo siguiente: "Debe tener en cuenta que las participaciones preferentes constituyen un producto complejo de difícil seguimiento de su rentabilidad y que cotiza en el mercado secundario, lo que implica para el cliente mayores dificultades para conocer el resultado de su inversión y para proceder a su venta, y, correlativamente, incrementa la obligación exigible al banco sobre las vicisitudes que puedan rodear la inversión. La Comisión Nacional del Mercado de Valores ha indicado sobre este producto que "son valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada. Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido.... Las PPR no cotizan en Bolsa. Se negocian en un mercado organizado...No obstante, su liquidez es limitada, por lo que no siempre es fácil deshacer la inversión...". Buena parte de lo anterior (cotización en mercado secundario, instrumento complejo y con riesgo, rentabilidad variable no asegurada, posibilidad de pérdida del capital, no derecho a voto ni participación en capital social del emisor etc...) resulta aplicable también a los bonos AISA.. En igual sentido, SAP Baleares -Sección 4ª- de 28-2-2013 y la SAP Jaén -Sección 1ª- 28-1-2013.

Por todo lo anterior se estima que la demandada ha incumplido gravemente sus obligaciones legales y contractuales de asesoramiento e información para con la actora. Y se estima que este hecho sí tiene trascendencia causal efectiva respecto del resultado dañoso (pérdida de la inversión) porque Ipme 2012 SA induce a doña a adquirir un producto de riesgo ajeno a su perfil sin darle la debida información para que la mujer pueda decidir con pleno conocimiento, y todo ello por cuanto la mujer confía en el asesoramiento de los profesionales de la entidad. Es más, al aparecer Bankprime en la publicidad de la emisión, se produce en el consumidor no cualificado la sensación de que el banco está vinculado a la emisión lo que dota al producto de una apariencia de mayor garantía y seguridad, cuando en realidad el banco no garantiza realmente la emisión pero esto último únicamente consta en una de las páginas del folleto informativo, en letra pequeña y sin estar debidamente destacado. Por otra parte, tampoco la demandada avisa e informa con posterioridad a la actora ante el devenir de la sociedad emisora. De este modo, se somete a la mujer al riesgo de pérdida de su inversión del que no es consciente y, por ello, sin que conste que lo haya consentido con el debido conocimiento, riesgo que acaba concretándose en el daño final producido. Obviamente, en fin, el origen o causa esencial del daño es la insolvencia de la entidad emisora. Pero es evidente que la demandada contribuye causalmente de forma efectiva a la producción de ese daño al impedir con su actuación a la demandante toda posibilidad de evitación del menoscabo ya que no le permite valorar en debida forma el riesgo y, por tanto, decidir libre y conscientemente si quiere o no asumirlo supuesto este último en el que no se habría producido la pérdida de la inversión. Por ello, procede la resolución contractual con restitución de prestaciones. Y es que no estamos aquí ante un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor del art. 1.105 CC como pretende la demandada sino ante un riesgo conocido (constaba en el folleto de la emisión) y ante un daño cuya posibilidad es previsible dado el conocimiento que la demandada tenía que tener de la entidad emisora, de modo que Ipme 2012 SA podría haber eludido toda posible responsabilidad si hubiera dado a la actora la información adecuada en forma clara y comprensible.

La estimación de la acción principal ejercitada en la demanda exime de la obligación de análisis de las ejercitadas con carácter subsidiario.

**NOVENO.-** La consecuencia de tal declaración de resolución contractual es la recíproca restitución de las cosas objeto del contrato y del precio con sus intereses, conforme a lo dispuesto en los artículos 1303 y 1.295 en relación al 1.124 del Código Civil, y la indemnización de daños y perjuicios. Así, el artículo 1.303 del Código civil, dispone que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, y en parecidos términos se expresa el art. 1.295 CC. Pues bien, en cuanto a los daños y perjuicios, nuestro Tribunal Supremo viene estableciendo que, como señala la STS 8-2-96, "*la jurisprudencia de esta Sala (S.S. de 8 de febrero de 1955; 2 de abril de 1960; 13 de junio de 1981; 26 de junio y 8 de octubre de 1983; 17 de septiembre de*





1987-12 de mayo de 1994 y muchas otras) declara que no basta para que exista daño probar el incumplimiento de una obligación, porque este incumplimiento por sí solo no lleva consigo en todo caso la producción de daños, que han de ser probados, derivados de aquél y que es cuestión de hecho cuya apreciación incumbe a la Sala de Instancia, ocurriendo lo mismo con los perjuicios (S.S. de 4 de diciembre de 1955; 7 de mayo de 1991; 4 de octubre de 1991; 23 de marzo y 13 de abril de 1992)", siendo otras sentencias del Alto Tribunal que siguen esta misma línea las de fecha 6-7-83, 7-5-86, 7-6-86, 28-4-89, 6-10-95 y 22-12-96. Sin embargo, esta doctrina jurisprudencial viene siendo objeto últimamente de una interpretación más flexible que entiende que, en ciertos casos y por sus específicas circunstancias, el mero incumplimiento genera necesariamente (*in re ipsa*) el daño, por lo que se entiende que la acreditación del primero conlleva la demostración del segundo. Así, la misma Sala ha señalado (STS 15-6-1992) que si bien la Jurisprudencia ha entendido que "el incumplimiento contractual no lleva necesariamente aparejados los daños y perjuicios, también ha dicho que tal doctrina no es de aplicación tan absoluta que, en los casos en que de los hechos demostrados o reconocidos por las partes en el pleito se deduzca necesaria y fatalmente la existencia del daño, sea preciso acreditar su realidad además de la de los hechos que inexcusablemente los han causado, aparte de que su existencia o no es cuestión de hecho de la libre apreciación del Tribunal de Instancia, de tal manera que la afirmación de que los daños y perjuicios no son consecuencia forzosa del incumplimiento, ha de matizarse en el sentido de entender que "no siempre" o de que hay casos en los que sí ocurre como en el que nos ocupa". Y, en el mismo sentido, la STS 22-10-93 indica que "el CC no regula la probanza de los daños y perjuicios, salvo la regla general contenida en su art. 1214. En casos como el presente, en que resulta una situación de incumplimiento contractual provocada única y exclusivamente por la (una) parte, tal incumplimiento ya determina por sí mismo la obligación reparadora que surge como consecuencia natural e inevitable.

Esta Sala así lo ha entendido y (...) la S 30 septiembre 1988, -con remisión a las precedentes de 9 mayo y 27 junio 1984 y 5 junio 1985-, estableció la doctrina de que el solo incumplimiento contractual no excluye la idea de que el incumplimiento no constituya "per se" un perjuicio o daño, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral, pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato operó en el vacío y sus vicisitudes, en concreto, las contravenciones de las partes, no habrían de tener ninguna repercusión, pues así se contradeciría la fuerza vinculativa de los negocios obligacionales y sus correspondientes consecuencias que prevé el art. 1258 y cc. CC. No es de justicia efectiva que estas situaciones creadas por la decisión unilateral de una de las partes, queden impunes y libres de toda compensación y reintegro económico, al conformar "*in re ipsa*" el propio perjuicio".

Así las cosas, debe la entidad demandada proceder a la restitución de todos y cada uno de los cargos efectuados a consecuencia del contrato y en relación a la operación de los bonos Aisa (costes de administración y custodia) con deducción de los rendimientos percibidos por la actora. Y debe indemnizar como daños y perjuicios el importe de la inversión. En este caso, el importe inicial es de 49.196,49 euros, de lo que hay que descontar los intereses (cupones) que suponen la cifra de 4.231,12 euros (documental de la demandada). Al resultado (44.965,37 euros) se debe añadir la cantidad de 1.425,9 euros (gastos de custodia y administración) lo que da un total de 46.391,27 euros. Además, la demandada deberá abonar el interés legal sobre el importe objeto de condena desde la demanda ex art. 1.108 CC ya que se trata en este caso de una indemnización de daños y perjuicios (alegada en la demanda en los fundamentos de derecho) y no de una restitución de prestaciones (el dinero lo recibió Fergo Aisa no la demandada), y no consta ninguna reclamación extrajudicial. Y también deberá abonar el interés legal sobre los gastos de custodia y administración que se devengará sobre el importe de cada recibo y, en este caso sí, desde la fecha de cargo en la c/c de la actora y hasta la demanda porque, de un lado, la devolución de este coste sí constituye una restitución de prestaciones; y, del otro, a partir de la demanda el coste ya está incluido en la cantidad total objeto de condena.

Resta por añadirse que no constan acreditados más pagos de intereses y costes de custodia y administración que los que indican los recibos aportados por la demandada, el último de los cuales está fechado en octubre del 2011, es decir, en la fecha de amortización de la emisión.

**DÉCIMO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se impone a la demandada el pago de las costas procesales causadas dado que la demanda prospera casi íntegramente.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.



## FALLO

Estimando la demanda interpuesta por promovidos por Doña , mayor de edad, representada por el Procurador de los Tribunales Don Pedro Moratal Sendra y asistida por el Letrado D. Oscar Serrano Castells, contra IPME 2012 S.A. (antes BANKPIME), acuerdo declarar el incumplimiento contractual de la demandada de sus obligaciones contractuales y legales de diligencia, lealtad e información en la venta de los instrumentos objeto de la presente demanda en los términos recogidos en la misma. Como consecuencia de esta declaración, se declara resuelto el contrato de depósito y administración de valores en virtud del cual se adquirieron los bonos de Fergo Aisa de fecha 9-10-2006, y se condena a la demandada al pago en concepto de restitución de la cantidad de 46.391,27 €, más los intereses legales en los términos del fundamento jurídico 9º de esta sentencia.

Se impone a la demandada el pago de las costas procesales causadas.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer, recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, que se interpondrá en el plazo de 20 días contados desde el día siguiente a la notificación, conforme disponen los artículos 457 y siguientes de la LEC.

El recurso no se admitirá si al prepararlo la parte no acredita haber consignado en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" abierta a nombre de este Juzgado, con referencia al presente procedimiento, la cantidad de CINCUENTA (50) EUROS en concepto de DEPÓSITO PARA RECURRIR, conforme a la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, (Introducida por L.O. 1/2009, de 3 de noviembre).

Así por esta mi Sentencia, juzgando en primera instancia, la pronuncio, mando y firmo.

Publicación: Lelda y publicada fue la anterior Sentencia, por Don Juan Ignacio Calabuig Alcalá del Olmo, Magistrado- Juez en prácticas, que la suscribe en el mismo día de su fecha. Doy fe.