

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA
NUMERO VEINTICINCO DE BARCELONA

NOTIFICADO 12/02/14

Autos: Juicio Ordinario nº

SENTENCIA Nº 24

En Barcelona, a once de Febrero de dos mil catorce.

Vistos por mí, D. Antonio Morales Adame, Magistrado-Juez de este Juzgado, los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos ante este Juzgado con número 95 de 2.013 a instancia de Dª , representado por el Procurador de los Tribunales D. Pedro Moratal Sendra y asistida por el Abogado D. Óscar Serrano Castells, contra “Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, S.A. (Bankpime)”, actualmente “IPME 2.012, S.A.”, representados por el Procurador de los Tribunales D. Leopoldo Rodés Menéndez y dirigidos por el Letrado D. , siendo el objeto del procedimiento la acción de resolución por incumplimiento contractual, con indemnización de daños y perjuicios; subsidiariamente, la acción de nulidad del contrato de adquisición de bonos; y costas del procedimiento.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha de catorce de Enero de dos mil trece fue repartida a este Juzgado demanda de Juicio Ordinario promovida por el Procurador de los Tribunales D. Pedro Moratal Sendra, en nombre y representación de Dª , contra “Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, S.A. (Bankpime)”, actualmente “IPME 2.012, S.A.”. En ella, tras exponer los hechos y fundamentos jurídicos que tuvo por conveniente, se terminó suplicando se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos: “1.- Se declare el incumplimiento por parte de Bankpime, S.A., actualmente IPME 2012, S.A., 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 1 de Agosto de 2.006, y se condene a IPME 2.012, S.A.”, al pago en concepto de restitución del importe de 8.536,87 € (equivalente al valor nominal de los títulos, más los importes abonados en concepto de custodia de valores vinculados a este contrato y compensado con los importes percibidos en concepto de cupones); más los intereses legales que correspondan desde los respectivos cargos en cuanta y hasta su efectivo pago. 2.- Subsidiariamente, se declare la nulidad del referido contrato. Como consecuencia de esta declaración, se condene a IPME 2.012, S.A. a la restitución del importe de 8.535,87 € (equivalente al valor nominadle los títulos, más los importes abonados en conceptos de custodia de valores vinculados a este contrato y compensado con los importes percibidos en concepto de cupones); más los intereses legales que correspondan desde los respectivos cargos en cuenta y hasta su efectivo pago. 3.- Se condene a IPME 2012 S.a.” al pago de las costas judiciales causadas en la presente instancia.”.

SEGUNDO.- Admitida la demanda a trámite por decreto de dieciséis de Enero de dos mil trece, se emplazó a la demandada a fin de que, en el plazo de veinte días hábiles, compareciere en autos asistida de Abogado y representado por Procurador, y contestara a aquella.

En fecha de cinco de Febrero de dos mil trece compareció en autos el Procurador de los Tribunales D. Leopoldo Rodés Menéndez, en nombre y representación de “Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, S.A. (Bankpyme)”, actualmente “IPME 2.012, S.A.”, planteando cuestión de competencia territorial por declinatoria, la cual fue rechazada por auto de diecinueve de Febrero de dos mil trece.

En fecha de cinco de Marzo de dos mil trece oponiéndose a la demanda y, tras exponer los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó necesarios, terminó solicitando se dicte sentencia desestimando íntegramente las pretensiones interpuestas de contrario, con imposición a la actora de las costas causadas.

TERCERO.- Convocadas a las partes a la audiencia previa que prevé el artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por diligencia de ordenación de once de Abril, comparecieron ambas partes, subsistiendo entre ambas partes la controversia. La actora modificó la cantidad reclamada fijándola en ocho mil trescientos ocho euros con veintidós céntimos. Se fijaron como hechos controvertidos los siguientes: a) examinar si el objeto del contrato era la mera mediación para la adquisición de un producto financiero o además englobaba asesoramiento o gestión activa por parte de la entidad bancaria a favor del cliente; b) determinar si “Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, S.A. (Bankpyme)”, actualmente “IPME 2.012, S.A.” está pasivamente legitimada para soportar las consecuencias de una posible nulidad de la adquisición de estos bonos; c) establecer si por la parte demandada se ha incumplido las obligaciones de información facilitando a la Sr. Comerma los datos fundamentales de la operación realizada, tales como riesgo de la inversión y término de recuperación del capital invertido, y las demás obligaciones en cuanto a la recompra del bono, plazo de vencimiento y satisfacción de los rendimientos pactados; d) si la demandada asumió la obligación de recomprar los bonos; e) determinar si la actora tenía experiencia previa en la adquisición de productos de inversión de características y riesgo similares a las que son objeto de controversia en este juicio; y, f) si existe nexo causal entre la actuación de la entidad bancaria demandada y el perjuicio soportado por la Sr. [redacted] por falta de recuperación de la inversión realizada. La actora solicitó como prueba la documental aportada junto con el escrito de demanda, testifical de D. [redacted] y D. [redacted] y el reconocimiento judicial de la demandante. Por la demandada se solicitó el interrogatorio de D^a [redacted], la documental unida a su escrito de contestación, documental aportada en el acto de la audiencia previa y testifical de D^a [redacted] y D. [redacted]. Admitida la prueba propuesta por ambas partes en la forma que consta en la grabación de audio y video y en el acta levantada al efecto, se señaló día y hora para la celebración del acto del juicio.

CUARTO.- Practicadas las pruebas propuestas y admitidas con el resultado que obra la grabación de audio y video, por ambas partes se formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos y las pruebas practicadas, quedando el pleito concluso para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones

legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La demandante expone en su escrito inicial que, en el mes de Agosto de dos mil seis, suscribió con “Bankpyme, S.A.” orden para la compra de los bonos emitidos por “Fergo Aisa, S.A.” con la denominación “AISA 08/11 % BO”, sin que anterior o coetáneamente se firmara contrato ni se le proporcionara folleto o nota de la Comisión Nacional del Mercado de Valores que le informara de las características del dicho producto y de los riesgos de invertir en él. Se continúa relatando en la demanda que por parte del personal del banco se le indicó que el bono consistía en un depósito a plazo de cinco años, con una rentabilidad que haría incrementar la inversión inicial de nueve mil euros a once mil doscientos cincuenta euros, indicándosele además que podría retirar el capital con sólo un preaviso de cuarenta y ocho horas, cobrándole “Bankpyme, S.A.” una comisión a modo de penalización. Igualmente, se señala que, llegado el término de vencimiento de la inversión, la demandada no devolvió a la Sra. Comerma Serrano el importe de lo invertido, estimando así que se ha producido un incumplimiento de las obligaciones asumidas por la vendedora, tanto al no respetar el compromiso de recompra de los bonos asumido al adquirirlos, como al no haber recibido información adecuada y suficiente sobre una inversión que no se ajustaba a sus necesidades financieras al tratarse de una ahorradora sin cultura financiera, sin capacidad de “...entender o valorar que había adquirido un producto de tanta complejidad y riesgo como el presente, en el que podía perder el capital y los intereses.” y mantener “...un claro perfil conservador que no deseaba ni podía arriesgar parte de sus ahorros con la adquisición de un producto de alto riesgo como el de autos”. Finalmente, la parte accionante considera que “Bankpyme, S.A.” antepuso sus intereses propios y los de la entidad emisora del bono, al tratarse ambas sociedades de filiales de “Agrupació Mutua”, a los de su cliente, encontrándonos ante una evidente situación de conflicto de intereses. Se reclama en consecuencia la restitución del capital invertido, nueve mil euros, menos los intereses percibidos, setecientos setenta y tres euros con ochenta y ocho céntimos, y más la comisión de custodia de valores percibida por la demandada; en total, se pide el abono de la cantidad de ocho mil trescientos ocho euros con veintidós céntimos.

La defensa de “IPME 2.012, S.A.”, en su condición de sucesora de “Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, S.A.” con relación a la operación que es objeto de este procedimiento”, se opone a las pretensiones de la demandante con base a los siguientes argumentos: a) que no se suscribió entre las partes un contrato de inversión o venta asesorada del producto en cuestión, sino tan sólo una orden para su adquisición y una posterior custodia y administración del mismo; b) que la demandante recibió una información completa y adecuada de las características y riesgos del bono de “Fergo Aisa, S.A.” en el que invertía, facilitándose el folleto que se acompaña como documento noveno de la demanda, proporcionándole después información a través de los boletines periódicos que se le remitían sobre el estado de la inversión y el cobro de los intereses; c) que la actora poseía conocimientos financieros como resulta de los productos de inversión que había adquirido con antelación, todos ellos con un perfil de riesgo de alto a moderado; d) que “Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, S.A.” no asumió en ningún momento la obligación de recomprar los bonos.

SEGUNDO.- Ejercita por los demandantes una acción de daños y perjuicios por

incumplimiento del contrato unido entre las partes debe recordarse, en primer lugar, la reiterada doctrina jurisprudencial interpretativa del artículo 1.101 Código Civil exige para que del incumplimiento contractual derive la obligación de indemnizar perjuicios a cargo del incumplidor para aquél en cuyo favor estuviese constituido el vínculo obligatorio la concurrencia de los siguientes presupuestos: en primer lugar, la existencia de una obligación constituida; en segundo término, un comportamiento doloso, negligente o moroso que contraviene el deber de prestación que recae sobre el deudor; y, por último, la producción efectiva de perjuicios derivados precisamente de ese incumplimiento, debiendo mediar entre la infracción de la prestación y el perjuicio una relación de causa-efecto (sentencias, entre otras, de 16 de Mayo de 1.979, 18 de Abril de 1.980, 10 de Octubre de 1.990, 1 de Julio de 1.995, 22 de Diciembre de 1.995 y 24 de Junio de 1.996). Como señalan las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de Diciembre de 1.989 ó 30 de Mayo de 1.995, la culpa o negligencia contractual se caracteriza por la omisión de la diligencia exigible cuyo empleo podría haber evitado el resultado dañoso y que debería acomodarse a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, según previene el artículo 1.104 Código civil. Estas circunstancias del caso son las que marcan el deber de responder y se configuran como pautas para la determinación de la existencia de culpa o negligencia imputable al obligado en virtud del vínculo contractual.

Consecuentemente con lo anterior, la primera tarea a abordar en esta sentencia es la de fijar las obligaciones contractuales asumidas por la entidad bancaria para con su clienta; para después examinar si por parte de la entidad demandada se dio cumplimiento a las obligaciones de información y transparencia, exigidas por la normativa vigente en el momento de la contratación del productos, dadas sus características y riesgos, y, en segundo lugar, si la información ofrecida era suficiente tomando en consideración el concreto perfil inversor de la Sra.

TERCERO.- En cuanto a los deberes de información del comercializador de un producto de inversión parece conveniente traer a colación la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 2 de julio de 2013, la cual, conociendo de un supuesto en que se imputaba por parte del cliente demandante a la entidad financiera el incumplimiento de los deberes impuestos en la legislación de la comisión nacional del mercado de valores, sobre condiciones generales de la contratación y sobre la protección de consumidores y usuarios, especialmente en lo relativo a la información sobre las características y los riesgos del producto contratado, argumentaba lo siguiente: “Necesariamente hemos de recordar, en primer lugar, que la Ley num. 24/1988 del Mercado de Valores, vigente cuando se contrató por el actor la compra del bono en cuestión, en su artículo 2. a) indicaba que quedaban comprendidos en la ley los contratos de cualquier tipo que sean objeto de un mercado secundario, oficial o no; en el artículo 62 se decía que las empresas de servicios de inversión son aquellas entidades financieras cuya actividad principal consiste en prestar servicios de inversión, con carácter profesional, a terceros; en el artículo 63 se señalaba que se considerarán servicios de inversión, entre otros, la mediación, por cuenta directa o indirecta del emisor, en la colocación de las emisiones y ofertas públicas de ventas, considerándose como actividades complementarias el asesoramiento sobre inversión en uno o varios instrumentos de los previstos en el número 4 de este artículo (los valores negociables, en sus diferentes modalidades, incluidas las participaciones en fondos de inversión y los instrumentos del mercado monetario que tengan tal condición, los instrumentos financieros a que se refiere el artículo 2 de la presente Ley, los instrumentos del mercado monetario que no tengan la condición de valores negociables y los contratos de cualquier tipo que sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no);

en el artículo 79, sobre las normas de conducta, se dice que las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos: comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado, desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados; la Ley 26/1988 sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su artículo 48.2, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, siquiera en términos de mera generalidad, sienta como una de las bases que deben presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela que los correspondientes contratos se formalicen por escrito debiendo los mismos reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes contratantes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación; en el Real Decreto 629/1993, que contiene normas de conducta a cumplir por las empresas del mercado de valores, después de señalar en el artículo 16 que las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones, en el artículo 5 de anexo se dice que 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, 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, 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 y que 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; la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995, sobre normas de actuación en los mercados de valores, en su artículo 9 indica que y las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones y que dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para los mismos; la Ley 26/1984, para la defensa de los consumidores y usuarios, en sus artículos 10 y 13, indica que las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos: concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberán hacerse referencia expresa en el documento contractual y que los bienes, productos y servicios puestos a disposición de los consumidores deberán incorporar, llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre las características esenciales;

y, en último lugar, la Directiva 1993/22/CEE de 10 de mayo, donde en su artículo 11 se indica que los Estados miembros establecerán normas de conducta que las empresas de inversión deberán observar en todo momento, dichas normas deberán imponer la ejecución, como mínimo, de los principios que se enuncian en los guiones que figuran a continuación y, en su aplicación, deberá tenerse en cuenta el carácter profesional de la persona a la que se preste el servicio, estas normas obligarán a la empresa de inversión a operar, en el ejercicio de su actividad, leal y equitativamente, defendiendo al máximo los intereses de sus clientes y la integridad del mercado, a proceder con la competencia, el esmero y la diligencia debidos, defendiendo al máximo los intereses de sus clientes y la integridad del mercado, a poseer y utilizar con eficacia los recursos y los procedimientos necesarios para llevar a buen término su actividad, a informarse de la situación financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversiones y sus objetivos en lo que se refiere a los servicios solicitados, a transmitir de forma adecuada la información que proceda en el marco de las negociaciones con sus clientes, a esforzarse por evitar los conflictos de intereses y, cuando éstos no puedan evitarse, a velar por que sus clientes reciban un trato equitativo, a ajustarse a todas las normativas aplicables al ejercicio de sus actividades de forma que se fomenten al máximo los intereses de sus clientes y la integridad del mercado, mientras que en el artículo 12 se dice que se deberá indicar a los inversores, antes de entablar con ellos relaciones de negocios, qué fondo de garantía o qué protección equivalente será aplicable, en lo que se refiere a la operación o las operaciones que se contemplen, la cobertura garantizada por uno u otro sistema, o bien que no existe fondo ni indemnización de ningún tipo.”

Continúa señalando la dicha sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia que “La normativa citada, repetimos vigente cuando se celebró el contrato de compra de valores que nos ocupa y, en consecuencia, aplicable a este supuesto, revela que cuando se trate de servicios de inversión en el ámbito de valores negociables, la entidad bancaria ha de actuar con prudencia y conforme a las exigencias de la buena fe, informando a sus clientes de todas las circunstancias relevantes y de los riesgos asumidos con los correspondientes productos financieros, en palabras del Tribunal Supremo, sentencia de 18 de abril de 2013 dictada en un supuesto de gestión de cartera de inversión pero perfectamente aplicado a este supuesto, el régimen jurídico resultante de la Ley del Mercado de Valores y de la normativa reglamentaria que la desarrolla, interpretadas a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva 1993/22/CEE de la que son desarrollo, impone a las empresas que actúan en el mercado de valores la obligación de recabar información a sus clientes sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión, y la de suministrar con la debida diligencia a los clientes cuyas carteras de inversión gestionan una información clara y transparente, completa, concreta y de fácil comprensión para los mismos, que evite 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. Deben observar criterios de conducta basados en la imparcialidad, la buena fe, la diligencia, el orden, la prudencia y, en definitiva, cuidar de los intereses de los clientes como si fuesen propios, dedicando a cada cliente el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos, respondiendo de este modo a la confianza que el inversor deposita en el profesional en un campo tan complejo como es el de la inversión en valores mobiliarios.”.

Por tanto, la distinción que se intenta introducir por la defensa de la entidad demanda en cuanto si existió o no un contrato de asesoramiento o, simplemente, de gestión o intermediación en la compra del bono, viene a quedar fuertemente difuminada; pues, como indica la sentencia antes trascrita en parte, la simple comercialización de un producto

financiero negociable en mercados secundarios, negociables o no, como es el caso, hace que la entidad intermediaria, en el supuesto que nos ocupa lo era "Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, S.A.", asumiera las obligaciones de información, lealtad, prudencia y buena fe antes descritas.

En igual sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de León de 31 de julio de 2013 señala que: "El deber de información venia impuesto por la Ley 24/1998, de 24 de julio de Mercado de Valores modificada por la Ley 37/1998, cuyo artículo 79 disponía que: "Las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos: e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados", y por el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, de Normas de Actualización de los Mercados y Registros Obligatorios, vigente hasta el 17 de febrero de 2008, que establecía claramente la obligación de información al cliente sobre las operaciones a realizar al señalar en el artículo 16 que: 1. Las Entidades facilitarán a sus clientes en cada liquidación que practiquen por sus operaciones o servicios relacionados con los mercados de valores un documento en que se expresen con claridad los tipos de interés y comisiones o gastos aplicados, con indicación concreta de su concepto, base de cálculo y período de devengo, los impuestos retenidos y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar la liquidación efectuada y calcular el coste o producto neto efectivo de la operación. 2. Las Entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. En este sentido, dispondrán y difundirán los folletos de emisión, informarán sobre la ejecución total o parcial de órdenes, fechas de conversión, canjes, pagos de cupón y, en general, de todo aquello que pueda ser de utilidad a los clientes en función de la relación contractual establecida y del tipo de servicio prestado. 4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, las Entidades estarán obligadas siempre que lo solicite el cliente a proporcionarle toda la información concerniente a las operaciones contratadas por ellos. El Código General de Conducta de los Mercados de Valores Anexo del Real Decreto 629/1993, de obligada aplicación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 del mencionado Decreto establecía a su vez en el artículo 4. Información sobre la clientela. 1. Las Entidades solicitarán de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta 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. Y en el artículo 5 Información a los clientes. 1. Las Entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a 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. b. Abstenerse de negociar para sí antes de divulgar análisis o estudios que puedan afectar a un valor. c. Abstenerse de distribuir estudios o análisis que contengan recomendaciones de inversiones con el exclusivo objeto de beneficiar a la propia compañía".

CUARTO.- Llegados a este punto, y siguiendo numerosa jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, debe indicarse que cuando la entidad bancaria alega que sí dio la oportuna información sobre los bonos adquiridos y que le entregó la documentación correspondiente, circunstancias que niega el actor, debe acudirse a lo prevenido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento civil donde se dice que corresponde al demandado la carga de probar los hechos que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos invocados por el actor. Carga probatoria que se refuerza en aplicación de los principios de facilidad y disponibilidad probatoria al encontrarse la repetida entidad en mucha mejor posición, en su carácter de agente intermediario en el sistema financiero, que el cliente a la hora de probar que la información que dispensó la permitía a éste decidir con pleno conocimiento de los riesgos y consecuencias que comportaba la suscripción de los contratos de permuta financiera. Era así el banco demandado el obligado, conforme a las reglas de distribución de la carga de la prueba establecidas en el indicado precepto procesal, a acreditar que proporcionó al demandante la información necesaria sobre el producto que iba a contratar (en este sentido, sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos -sección 3n- de 4 de diciembre de 2010 y de la Audiencia Provincial de Asturias -sección 5a- de 16 de diciembre de 2010).

Aplicando al caso que nos ocupa, la única información que consta que se aportara a la Sra. al contratar los bonos objeto fue la muy escueta que se recoge en la orden de adquisición que se aporta como documento primero de los de la demanda. Orden que tan sólo informa de la clase de operación que se realiza, la suscripción; del valor que se adquiere y que se denomina "AISA 08/11 5% BO"; y el número de títulos que se adquieren, nueve. Nada se informa en él en cuanto a las características del título y de las obligaciones derivadas de la inversión que se pretendía realizar; y muy, especialmente, en cuanto a los posibles riesgos de la entidad emisora, tanto en cuanto a los riesgos del producto ofrecido, fundamentalmente el conocido como "riesgo de crédito", esto es, el riesgo de que la empresa o entidad que emite el bono o la entidad que lo gestiona no pague e incumpla su obligación

contractual de reintegrar el importe de la inversión o sea incapaz de atender al abono de los intereses o rendimientos pactados. Información cuyo deber de prestación se refuerza si se atiende a la circunstancia de no quedar demostrado en modo alguno que fuera la Sra.

quien se dirigiera a la entidad bancaria interesándose por la adquisición de los bonos de “Fergo AISA, S.A.”, y siendo mucho más factible que fuera la entidad demandada quien la que se los ofreciera a la cliente, sobre todo atendiendo a que “Banca de la Pequeña y Mediana Empresa, S.A” y la emisora formaran parte de un mismo grupo empresarial como han reconocido los testigos y empleados que fueron de la entidad crediticia.

No puede tampoco pasar desapercibido lo irregular de la orden en cuestión donde, por persona desconocida, se agregan a mano determinados datos sobre la operación a realizar, tales como el vencimiento de la operación, el catorce de Agosto de 2.011, la remuneración que se fija en cuatrocientos cincuenta euros anuales y la cantidad final que se obtendría por la inversora de once mil doscientos cincuenta euros; información ésta que se desconoce quien facilitó.

La prueba practica por la demandada, a quien cabe reiterar cabía la carga de acreditar que informó de forma pormenorizada, clara y comprensible de la naturaleza, características, obligaciones y riesgo de los bonos que comercializaba, ha resultado baldía. Así, tras renunciar al interrogatorio de la demandante, la única prueba que aportó fue la declaración de la testigo Sra.

., quien ningún dato pudo aportar con relación a la información anterior y simultánea a la suscripción de la orden de compra de los bonos por la sencilla razón de no encontrarse a fecha de uno de Agosto de dos mil seis como empleada en la sucursal de “Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, S.A.” donde se llevó a cabo la operación, trabajando entonces en el servicio de información telefónica de “Agrupación Mutua”, no habiendo en ningún caso intervenido en la operación de adquisición del bono objeto de este pleito. Tampoco la declaración de los otros dos empleados de “Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, S.A.”, testigos estos propuestos por la parte demandante, proporciona ningún dato sobre la concreta información facilitada a la inversora a la orden de contratar. Con relación a D.

, al no iniciar su actividad profesional en “Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, S.A.” hasta el año 2.008; y, respecto a D.

al haberla abandonado en el 2.004. Por tanto, y visto que la única información que queda demostrado se llegó a facilitar a la Sra.

es la muy escasa que se contiene en la propia orden de adquisición, tampoco se demuestra que el folleto de la emisión fuera facilitado en el momento de suscribirse la adquisición de los bonos y no con posterioridad como se mantiene por la parte demandante, debe concluirse que por “Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, S.A.” se infringió total y absolutamente los deberes de información establecidos por las normas mercantiles antes citadas, toda vez que ninguna información llegó a facilitarse a la cliente por parte del banco que comercializaba los bonos.

QUINTO.- Determinada la infracción del deber de información, resulta ahora necesario examinar las consecuencias jurídicas del mismo. La actora formula en primer lugar una acción de resolución que funda en el incumplimiento de un pacto de recompra por parte de “Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, S.A.” con relación al dicho bono y la infracción del alegado derecho de información.

En cuanto a la alegada existencia de un pacto de recompra, basa la existencia del mismo en el tenor literal de la cláusula primera del reverso de la orden de adquisición. Si bien es cierto que tal reverso se titula como “Contrato de compraventa con pacto de recompra de activos financieros negociados en mercados organizados” y que la cláusula que se invoca

tiene señala que “En la fecha Valor, el Banco, con capacidad para actuar en el mercado en el que se negocian los activos financieros objeto del presente contrato, venderá al titular dichos activos financieros por el precio indicado en el Efectivo de Compra, y en la Fecha de Recompra, el Banco estará obligado a recomprar y el Titular a revender la totalidad de dichos activos financieros por el precio indicado en el Efectivo de Recompra”, lo cierto es que en la orden que se aporta como documento primero no se recogen tales especificaciones de fecha y efectivo de la recompra, limitándose la orden en cuestión a señalar que su objeto era la adquisición de un total de nueve títulos de la emisión “AISA 08/11 5% B0”, sin preverse un importe o un término para la readquisición por el banco gestor o por la empresa emisora de los títulos en cuestión. No puede, en consecuencia, entenderse que nos encontremos ante un pacto o contrato de recompra.

En cuanto al incumplimiento contractual, y a pesar de la flagrante falta de información por parte de “Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, S.A.” con relación a su cliente, la misma afecta al momento de la perfección del contrato, haciendo que el mismo pudiera estar incurso en nulidad, por ausencia uno de los elementos estructurales del contrato o por infracción de normas imperativas o prohibitivas, o en anulabilidad al existir un vicio del consentimiento. Pero lo que efectivamente es una patología que afecta a la fase de perfección del contrato, no puede trasladarse a la fase de su ejecución. En esta, y siendo indiscutible que la obligación de restituir el capital y pagar los réditos recaían sobre la entidad emisora, “Fergo Ainsa, S.A.”, y no sobre la comercializadora, “Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, S.A.”, el incumplimiento de tales obligaciones no es imputable a las demandadas.

SEXTO.- Se insta la nulidad radical de la orden de adquisición de los títulos al amparo del artículo 6.3 del Código civil por incumplimiento de las obligaciones de información antes apuntadas.

Como indica la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 17 de diciembre de 2012 “El incumplimiento de la normativa administrativa ... no determina sin más la nulidad del contrato por aplicación del artículo 6.3 del Código civil, sino que, como ha precisado la jurisprudencia (STS de 25 de septiembre de 2006 y de 22 de diciembre de 2009, entre otras), sólo será así cuando, analizando la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico. Y así se ha de estimar en el presente caso, al resultar incompatible el acuerdo contractual celebrado con la finalidad perseguida por normativa vulnerada, que no es otra que proporcionar al cliente una completa información sobre el producto complejo que se le ofrece a fin de que pueda formar su consentimiento con pleno conocimiento, y un juicio de valor honesto y fundado sobre la conveniencia del producto a sus concretas necesidades”. En el caso que nos ocupa, la infracción de los deberes de información es tan grave, al despojar al cliente de toda información sobre las características de la inversión y riesgos que asumía con ella, que sólo puede entenderse que nos encontramos ante una infracción directa de normas imperativas, las que disciplinan el conjunto de deberes de información y lealtad que la entidad bancaria tiene para con su cliente, cuya consecuencia es la nulidad radical de la orden de adquisición de los títulos. En este sentido si, como es el caso, se quebranta, unos derechos básicos del cliente bancario reconocidos legalmente, no cabe duda que la consecuencia correcta es la nulidad de pleno derecho. Existe en toda la regulación antes expuesta un muy claro interés de proteger la posición del cliente, sobre todo del cliente minorista, cuya plasmación no es otra que extremar la exigencia de claridad y suficiencia en la información que por las entidades bancarias se presta, exigencia que sólo se alcanza si la infracción de

tales deberes se sanciona con la nulidad radical del contrato que en su celebración de respeta con escrúpulo los reiterados deberes de información, lealtad y buena fe.

SÉPTIMO.- Sólo a mayor abundamiento y para agotar las distintas pretensiones y alegaciones vertidas por las partes a lo largo del proceso, deberá añadirse que en todo caso sería de apreciar la acción de nulidad por vicio del consentimiento al haberse éste prestado con error invencible.

Como cuestión previa señalar que el día inicial de computo del plazo de 4 años previsto en el artículo 1.301 de el Código Civil, en estos casos de error, no comienza a correr sino desde la consumación del contrato, y esta se produce según una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida entre otras en su sentencia de 11 de junio de 2003, no en el momento de la perfección sino cuando están complementemente cumplidas las prestaciones de ambas partes, esto es cuando se produce el plazo de vencimiento de la inversión. En el caso que nos ocupa, el término final para la amortización del bono y reintegro del capital invertido estaba previsto para el catorce de Agosto de dos mil once, momento éste en el que empezaba a contar el plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de anulabilidad so pena de caducar la misma. La demanda inicial del presente procedimiento se presentó el once de Enero de dos mil trece, con lo que resulta evidente que ningún obstáculo temporal existe al posible acogimiento de una acción por vicio del consentimiento.

Se entiende así que, no demostrado por la demandada que proporcionase la información correcta, completa y adecuada sobre las características de la inversión que ofrecía a su cliente, cuando la demandante prestó su consentimiento a la orden de adquisición del bono, incurrió en un error sobre la esencia de lo pactado con aptitud suficiente para invalidar su consentimiento.

Error que sólo puede calificarse como inexcusable atendido el distinto grado de diligencia exigible a cada una de las partes contratantes, por un lado la demandada, como comerciante experto que desarrolla habitualmente su actividad en el mercado financiero y viene obligada a informar y asesorar a sus clientes y a velar por sus intereses, y por otro la demandante, ahorradora particular sin especiales conocimientos financieros. La circunstancia de haber adquirido la demandada otros productos de inversión, todos ellos a través de “Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, S.A.”, no implica que la demandada tuviera una especial sabiduría y experiencia en el mercado financiero que le llevara a conocer que el buen fin de su inversión quedaba directamente ligada a la evolución, solvencia y rentabilidad de una entidad, “Fergo Aisa, S.A.”, la cual además no quedaba claramente identificada en la orden de compra, pudiendo perder la totalidad de su inversión si, como al final acabo ocurriendo, la sociedad emisora devenía insolvente. Por otro lado, y como ya se ha apuntado, la información que se proporcionaba a la demandada era tan sumamente escasa, que difícilmente podía calibrar aún con una diligencia media si la inversión que iba a llevar a cabo mediante la suscripción de la orden de compra le era conveniente.

Así pues, habiendo concurrido la infracción de una norma imperativa y además un vicio invalidante en la prestación del consentimiento, la consecuencia obligada es la nulidad de la orden de adquisición de los títulos suscrita entre la Sra. y la entidad bancaria, con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del mismo con sus frutos y el precio con sus intereses, conforme dispone el art. 1303 del Código Civil, de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al defecto invalidador (sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Abril de 2.005, entre otras

muchas). Deberá por tanto, la demandada restituir la cantidad recibida a resultas de la orden para la adquisición de los bonos, con deducción de los intereses percibidos, más las comisiones percibidas por “Banca de la Pequeña y Mediana Empresa, S.A.”.

OCTAVO.- Establece el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil que, en los juicios declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte cuyas pretensiones hubieran sido totalmente rechazadas.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que estimando íntegramente la demanda promovida por el Procurador de los Tribunales D. Pedro Moratal Sendra, en nombre y representación de D^a , contra “Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, S.A. (Bankpime)”, actualmente “IPME 2.012, S.A.”, debo DECLARAR la nulidad de la Orden de Compra para la adquisición de nueve títulos denominados “AISA 08/11 5% BO”, celebrada el uno de Agosto de dos mil seis, condenando a la demandada a satisfacer a la actora la cantidad de ocho mil trescientos ocho euros con veintidós euros, más los intereses legales desde la interposición de la demanda, y las costas causadas en esta instancia.

Contra la presente sentencia cabe de interponer recurso de APELACIÓN ante la Excm^a Audiencia Provincial de Barcelona, a presentar ante este Juzgado en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación. Se advierte a las partes que para interponer el anterior recurso deberán proceder al depósito establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá certificación para su unión a los autos a que se refiere, definitivamente juzgando en primera instancia lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y hecha publica por S.S^a que la suscribe hallándose en Audiencia publica en el día de la fecha, de lo que yo, la Secretaria, doy fe.