

Letrado: OSCAR SERRANO CASTELLS

Su Ref.:

Ciente:

Contra: IPME 2012, SA

Mi Ref.: A126764

PEDRO MORATAL SENDRA

PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES

Alfambra, 14, 6º 1ª

Tel.: 93.206.36.64

Fax: 93.205.42.77

08034 - BARCELONA



Ordinario

NOTIFICADO 01/10/14

SENTENCIA

En Barcelona, a diez de septiembre de dos mil catorce

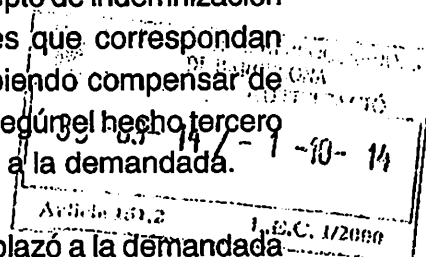
Vistos por Dña. Marta del Valle García, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de esta Ciudad, los presentes autos de Juicio Ordinario registrados con el nº , seguidos a instancia de D.

y Dña. , representados por el Procurador D. Pedro Moratal Sendra y asistida del Letrado D. Óscar Serrano Castells, contra BANCO DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA (BANKPYME), declarada en Concurso necesario, representada por el Procurador D. Leopoldo Rodés Menéndez y asistida del Letrado D.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por los actores se presentó la demanda origen de los presentes autos en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, solicitando que, previos los trámites legales, se dictara sentencia por la que se declarara la nulidad del contrato de fecha 27 de junio de 2005 para la adquisición de VALORES KAUPTHING BANK 6,25%, y para que, como consecuencia de dicha declaración, se condenara a la demandada a la restitución del importe de 92.025 euros, más los intereses legales que correspondan desde el cargo en cuenta y hasta su efectivo pago, debiendo compensar de todo ello los importes percibidos en concepto de cupón, según el hecho tercero de la demanda. Subsidiariamente, peticionaron que se declarare el incumplimiento por parte de la demandada de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta de los instrumentos objeto de la presente demanda, en los términos recogidos y, como consecuencia de dicha declaración, se declarase resuelto el contrato de fecha 27 de junio de 2005 para la adquisición de VALORES KAUPTHING BANK 6,25% y se condenase a la demandada al pago en concepto de indemnización del importe de 92.025 euros, más los intereses legales que correspondan desde el cargo en cuenta y hasta su efectivo pago, debiendo compensar de todo ello los importes percibidos en concepto de cupón, según el hecho tercero de la demanda. Todo ello, con imposición de las costas a la demandada.

SEGUNDO.- Que admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada





para que compareciese y contestase a la demanda, lo cual llevó a cabo, abonándose a la misma. Seguidamente, las partes fueron convocadas al acto de la audiencia previa, al cual asistieron ambas, y durante el mismo no se alcanzó acuerdo alguno, sino que cada parte se ratificó en su pretensión, si bien la actora reconoció haber cobrado como cupón neto (deducidas las retenciones) la suma de 18.281,25 euros, en lugar de los 15.204,70 euros referidos en el hecho tercero de su demanda, tal y como alegó la demandada en el hecho cuarto de su contestación. Seguidamente, se fijaron los hechos controvertidos y fue propuesta prueba, siendo a tal efecto señalada fecha de juicio, para la práctica de algunos medios propuestos y admitidos, que lo fueron en su integridad. En el acto de juicio, previamente a cuya celebración se comunicó que la demandada había sido declarada en situación de concurso necesario por auto de 11 de febrero de 2014 del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona, fue practicada parte de la prueba propuesta, las partes formularon sus conclusiones, tras lo cual quedó el procedimiento concluso para sentencia.

TERCERO.- Que en la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales, con excepción del plazo para dictar sentencia, debido al volumen de asuntos registrados.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Por los actores se ejercita acción personal contra la demandada para obtener los pronunciamientos señalados, partiendo de que son titulares de 90 títulos valores (90.000 euros) emitidos por el banco islandés KAUPTHING BANK y comercializados por la demandada, en virtud de Orden de Compra que suscribieron en fecha 27 de junio de 2005, firmado por el Directo de la sucursal "por orden de los titulares", debido a la relación de confianza habida entre ellos y aquél, quien contrató este producto a su arbitrio, sin el adecuado conocimiento por parte de los actores de las verdaderas características y riesgo del mismo, precisando que aparece también el hijo de los actores, D. [REDACTED], quien no tiene titularidad sobre el producto. Alegan que el actor tiene 75 años al tiempo de la demanda, y que carece de formación alguna, ya que casi no acudió a la escuela y ha sido soldador en una fábrica, como sucede con la actora, que cuenta con 73 años de edad y que ha sido empleada del hogar, y que han venido contratando básicamente imposiciones a plazo fijo con vencimiento anual, las cuales han ido renovando sucesivamente, no teniendo por costumbre contratar productos



de inversión, salvo algún paquete de ENDESA, y siempre en cantidades modestas, priorizando la seguridad y la disponibilidad de sus ahorros. Alegan que, dado que, en 1996, el actor fue despedido de la empresa donde trabajaba y percibió por ello una indemnización, la cual fue ingresada en la sucursal de la demandada, sita en de Barcelona, donde el Director, Sr. , con quien tenían relación de confianza debido a los muchos años de relación comercial, dijo que buscaría el mejor producto y que colocaría su dinero donde rentara mejor, razón por la cual la "Orden de Compra" no está firmada por los actores, sino por el Director, quien ejercía sus funciones de asesor personal. Alegan que la indemnización constituía prácticamente todo el dinero que tenía el matrimonio hasta la jubilación y que querían conservarlo a modo de "colchón", de modo que no querían acciones, ni fondos de inversión, sino tenerlo en un lugar seguro.

Alegan que solo existe ese documento, no contrato, ni folleto o la Nota de Valores de la CNMV donde se describan las características y riesgos del producto, aparte de que no les fue entregada copia, sino que tuvieron que solicitarla a la vista de lo sucedido, en abril de 2011. Alegan que, en dicha orden, solo se hace referencia al producto como "KAUPTHING BANK 6,25%", sin contrato alguno donde consten las obligaciones recíprocas de las partes, lo que acredita que los actores no fueron informados adecuadamente del producto, al cual se refería siempre después el Director como un nuevo depósito que les ofrecía una rentabilidad muy atractiva. Alegan que les dijo era un depósito a cinco años, y que, si necesitaban retirar el dinero, solo tenían que preavisar con una antelación mínima de 48 horas, cobrándoles el Banco únicamente una comisión de cancelación a modo de penalización, pero siendo un depósito totalmente seguro y garantizado, cuando en realidad no es un depósito, sino un híbrido entre la renta fija y la renta variable, más cercano a la variable, con naturaleza análoga a la de las participaciones preferentes, y a perpetuidad, pues el plazo de cinco años es solo por si el emisor decidiese amortizar anticipadamente la cantidad. Alega que existe falta de correspondencia entre las cantidades invertidas y los importes nominales contratados, puesto que se les cargó en cuenta el importe de 92.025 euros, lo que ahonda aún más una falta de transparencia del producto y de la información recibida, y que se trata de un producto calificado como complejo, que no puede ser entendido o valorado por los actores, cuya cultura financiera es prácticamente nula, sin perjuicio de que no es idóneo ni conveniente para ellos, dado su claro perfil conservador.

Alegan que la demandada, previamente a la nacionalización de



KAUPTHING BANK el 9 de octubre de 2008, la demandada no tuvo en cuenta la degradación de la calificación de la entidad, ni otros indicadores a disposición de los analistas financiero, cuando un buen asesor debería haber prevenido a sus clientes de que lo que estaba ocurriendo, pues, a partir de 2007, el deterioro de KAUPTHING BANK era muy evidente, de modo que debió advertir a sus clientes. Alegan que ello ha de ser puesto en relación con la naturaleza del contrato suscrito con los actores, un contrato de gestión de valores que comportaba obligación de asesoramiento, y que, siendo el mandato de los actores buscar un depósito seguro y sin riesgo, el profesional financiero colocó el dinero a su arbitrio en este producto. Alegan que, aunque no fuera aún aplicable la normativa MIFID, su contenido era aplicable a la comercialización de estos productos, sin limitar la protección al momento de la contratación del producto, sino prolongándose a lo largo de la vida del producto. Alegan que no sabían nada del banco islandés ni que su dinero dependiese del mismo, enterándose el actor cuando acudió la sucursal en enero de 2009, sorprendido por no haber cobrado el cupón. Como colofón, alegan que, en la Memoria de 2010 sobre Atención de Reclamaciones y Consultas de Inversores, la CNMV concluyó que los bancos actuaron de forma "incorrecta" en la venta de bonos islandeses. Seguidamente, aluden los actores a las características de los productos híbridos como las participaciones preferentes, y, en concreto, del producto contratado, que es un instrumento complejo y de elevado riesgo, que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas del capital invertido, lo cual afirman ha sido objeto de análisis por parte de la CNMV a partir de 2007, así como el BANCO DE ESPAÑA, a partir de sus "Memorias de Supervisión Bancaria en España" a partir de 2003.

Tras señalar la normativa aplicable, los actores alegan que la demandada ha incumplido con sus obligaciones legales, puesto que siendo los actores clientes minoristas y consumidores, y no teniendo consciencia de estar realizando inversión alguna, la demanda abusó de su posición de ventaja como profesional y de la confianza de los actores, cuando, en la fase precontractual, los actores deberían haber recibido una información completa y precisa acerca de las características del producto y de los riesgos que asumían, así como de la situación financiera del emisor, puesto que las participaciones preferentes responden del riesgo de liquidación del mismo. Alega que el carácter perpetuo de los títulos vulnera la prohibición de obligaciones personales a perpetuidad, y precisa el tipo de acciones que ejercita, desde la nulidad radical por incumplimiento objetivos de las obligaciones de información, hasta la resolución contractual, pasando por la nulidad por falta de consentimiento y, en su caso, por concurrir vicios del



consentimiento tales como error o dolo (anulabilidad).

La demandada se opone a la demanda, partiendo para ello de que niega que el Director de la sucursal contratase a su libre albedrío ese producto sin el conocimiento de los actores por el hecho de que la orden de compra esté solo firmada por él, exponiendo que la CNMV considera tres tipos de orden: las presenciales o in situ, cuando el cliente va a la oficina y firma un escrito en el que se especifica los términos de la orden; las telefónicas, a través de un servicio contratado por el cliente, como el de banca telefónica, y las de viva voz, supuesto en que el cliente, después de dar sus instrucciones, debiendo confirmarlas en el plazo de 15 días, entendiéndose que la orden queda confirmada si transcurre ese plazo sin que el cliente se muestre disconforme con la liquidación de la operación desde que se la comuniqué el banco, lo que ha sucedido en este caso, como se deduce de los sucesivos cargos en cuenta.

Niega la demandada que existiese un contrato de inversión o venta asesorada, y alega que había un contrato de depósito y administración de valores que obran en poder de CAIXABANK, cuyos archivos designa, dada la venta del negocio a dicha entidad bancaria. Niega también que la demandada recomendase el producto a los actores y que el Director de la oficina explicase que era un producto garantizado y sin riesgo, siendo asesorados los actores por su hijo Roberto, quien dispone junto a sus padres de inversiones de elevada cuantía, como titular o autorizado de Fondos de Inversión BANKPYME TOP CLASS 75 RV, F.I. por 6.694732,98 euros. Niega incumplimiento de obligaciones contractuales, que los no hayan adquirido productos de riesgo, y que su avanzada edad y su escasa formación les privara de capacidad volitiva e intelectual suficiente para adquirir los productos adquiridos. Seguidamente, alega que los actores solicitan la nulidad de la orden de compra de 27 de junio de 2007, pero no la nulidad de la operación de compra de los títulos, no emitidos por la demandada, que no era la propietaria, sin haber percibido el importe de 92.025 euros, sino el banco islandés, puesto que la relación de la demandada con los actores consta establecida en un contrato de depósito y administración de valores, por lo que, en su caso, lo máximo que podrían obtener los actores es la devolución de las comisiones por depósito y administración percibidas por la demandada. Alega que la acción de anulabilidad está prescrita, al haber transcurrido más de cuatro años desde la adquisición de los valores. Tras reconocer la demandada el carácter de minoristas de los actores, alega que un cliente minorista puede ser un cliente con perfil agresivo, y que los actores realizaron diversas inversiones en activos financieros de riesgo; añade que, si el actor fue despedido en 1996, es



Indeíble que no fuera hasta 2005 cuando el Director le buscase el mejor producto para ese dinero, aparte de que, al percibir solo una comisión la demandada, le daba igual que se produjese la inversión en esas participaciones o en otras, y que no disponía de folleto por ser solo legalmente exigible al emisor, al ser participaciones admitidas a cotización en mercados secundarios no organizados, sobre los que la CNMV no ostenta control alguno, aparte de que los actores no prueban que su voluntad interna fuese adquirir títulos de renta fija, habiendo adquirido lo que quisieron adquirir. Después de cuestionar cuál habría sido la decisión de los actores de haber recibido de la demandada el aviso de que era mejor vender los bonos, formula la demandada pluspetición, porque estima que debería estarse al valor de negociación de los bonos en mercado secundario oficial en los días anteriores a la intervención de la quiebra de KAUPTHING BANK y descontar el importe de 18.281,25 euros de intereses percibidos por los actores. Sobre la perpetuidad, alega que confunden los actores la característica intrínseca de los títulos respecto su amortización por parte del emisor, que puede o no ejercitarse, con la posibilidad de negociación de los títulos, que existe, aunque al valor de venta en el mercado de valores correspondiente.

En sede de fundamentación jurídica, la demandada niega su legitimación pasiva, así como que no existiese consentimiento o estuviere viciado, y que haya habido incumplimiento contractual por supuesta falta de información previa o posterior al contrato de orden de compra de valores y de depósito y administración. Alega que corresponde a los actores la prueba de que su voluntad real era la de contratar productos de renta fija no complejos y sin riesgo y que la demandada, por dolo o por negligencia, no le dio la información exigible sobre los productos adquiridos en el contexto de un contrato de órdenes de compra de valores. Tras alegar la inexistencia de incumplimiento de contrato de intermediación y gestión y administración de depósitos, alega que para que pudiese prosperar la acción de indemnización de daños y perjuicios debe probarse no solo el hecho del incumplimiento, sino también que el daño producido guarde relación causal con el incumplimiento, y que se ha roto el nexo causal por concurrencia de fuerza mayor o caso fortuito.

SEGUNDO.- Según dictamina el perito de los actores, el Sr. , los títulos adquiridos por los actores tienen la naturaleza de participaciones preferentes, y así aparecen expresamente denominados en el documento nº 5 de la contestación (certificación de operaciones de los actores).

En relación con la naturaleza de las participaciones preferentes,



procede estar a lo que, por ejemplo, señala la SAP Barcelona, sección 17ª, de 30 de enero de 2014, que recoge otras resoluciones al respecto sobre la materia, cuyos argumentos comparte, en el sentido siguiente:

"la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 15 de enero de 2014, en cuyo fundamento jurídico cuarto se ocupa de analizar el ámbito normativo y naturaleza de las participaciones preferentes, para, con ello, poner de manifiesto las exigencias de conocimiento del producto por los clientes, en orden a poder dar por comprendidos y asumidos los riesgos que dicho producto financiero entraña.

Conforme indica dicha resolución, cuyos argumentos suscribimos, " la actividad de las entidades comercializadoras de las participaciones preferentes está sujeta a la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, cuyo artículo 1 define su objeto como la regulación del sistema de negociación de instrumentos financieros, estableciendo a tal fin los principios de su organización y funcionamiento, así como las normas relativas a los instrumentos financieros y a los emisores de esos instrumentos. En la letra h) del artículo 2 se incluyen como valores negociables las participaciones preferentes emitidas por personas públicas o privadas.

Las participaciones preferentes aparecieron reguladas en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros. En su artículo 7 se indica que las participaciones preferentes constituyen recursos propios de las entidades de crédito. Las participaciones preferentes cumplen una función financiera de la entidad y computan como recursos propios, por lo que el dinero que se invierte en participaciones preferentes no constituye un pasivo en el balance de la entidad. El valor nominal de la participación preferente no es una deuda del emisor, por lo que el titular de la misma no tiene un derecho de crédito frente a la entidad, no pudiendo exigir el pago. La consecuencia de ello es que el riesgo del titular de la participación preferente es semejante, aunque no igual, al del titular de una acción. En la Disposición Adicional Segunda de esta ley se regulan los requisitos exigidos para la computabilidad de las participaciones preferentes como recursos propios. Esta Disposición Adicional Segunda fue redactada por el apartado diez del artículo primero de la Ley 6/2011, de 11 de abril, por la que se transpone a nuestro Derecho la Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por la que se modificó la Ley 13/1985, la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores y el R.D. Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre



adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas.

La Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2.009 no califica la participación preferente como instrumento de deuda, sino como instrumento de capital híbrido al que se ha de aplicar el mismo tratamiento contable y financiero que reciben los recursos propios de la entidad de crédito emisora, de ahí que una primera aproximación a esta figura nos lleva a definirla como un producto financiero que presenta altos niveles de riesgo y complejidad en su estructura y condiciones , como así se reconoce en la exposición de motivos del RDL 24/2012 de reestructuración y resolución de entidades de crédito.

En la misma línea, el Banco de España las define como un instrumento financiero emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija (condicionada a la obtención de beneficios) y cuya duración es perpetua, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor (en el caso de las entidades de crédito, el Banco de España).

En la meritada Disposición se desarrollan los requisitos de emisión de las participaciones preferentes y se señala como características de las mismas que no otorgan a sus titulares derechos políticos, salvo supuestos excepcionales, y que no otorgan derechos de suscripción preferente respecto de futuras nuevas emisiones.

Otra característica fundamental de las participaciones preferentes es que tienen carácter perpetuo, aunque el emisor puede acordar la amortización anticipada a partir del quinto año desde su fecha de desembolso, previa autorización del Banco de España, que sólo la concederá si no se ve afectada la situación financiera, ni la solvencia de la entidad de crédito, o de su grupo o subgrupo consolidable. También se establece que el Banco de España puede condicionar su autorización a que la entidad sustituya las participaciones preferentes amortizadas por elementos de capital computables de igual o superior calidad. No se atribuye al titular de las mismas un derecho a la restitución de su valor nominal, por lo que es en efecto un valor perpetuo y sin vencimiento, indicándose expresamente en la letra b) de la Disposición Adicional Segunda que en los supuestos de emisiones realizadas por una sociedad filial de las previstas en la letra a), los recursos obtenidos deberán estar invertidos en su totalidad, descontando gastos de emisión y gestión, y de



forma permanente en la entidad de crédito dominante de la filial emisora, de manera que queden directamente afectos a los riesgos y situación financiera de dicha entidad de crédito dominante y de la de su grupo o subgrupo consolidable al que pertenece, de acuerdo con lo que se indica en las letras siguientes.

Debe destacarse que las participaciones preferentes cotizan en los mercados secundarios organizados y que, en los supuestos de liquidación o disolución de la entidad de crédito emisora o de la dominante, las participaciones preferentes darán derecho a obtener exclusivamente el reembolso de su valor nominal junto con la remuneración devengada y no satisfecha, que no hubiera sido objeto de cancelación, situándose, a efectos del orden de prelación de créditos y frente a lo que su nombre pueda erróneamente hacer interpretar, como inmediatamente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la entidad de crédito emisora o de la dominante del grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito y delante de los accionistas ordinarios y, en su caso, de los cotapartícipes.

En relación a la rentabilidad de la participación preferente se infiere que el pago de la remuneración estará condicionado a la existencia de beneficios o reservas distribuibles en la entidad de crédito emisora o dominante. También ha de mencionarse que la liquidez de la participación preferente sólo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario, por lo que en supuestos de ausencia de rentabilidad hace difícil que se produzca la referida liquidez.

En definitiva, las participaciones preferentes son valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho de voto. Es un elemento jurídico a medio camino entre las acciones y las obligaciones de las sociedades. Se trata de un instrumento de captación de capital que consiste en la emisión de la deuda, cuyo rendimiento se concreta en el hipotético pago de unos intereses, condicionado a que la entidad tenga beneficios.

Con vocación definitiva dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 30 de enero de 2.013 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...".

Las participaciones preferentes son un producto complejo, en modo alguno sencillo, destinado tradicionalmente a inversores con experiencia en instrumentos complejos, con plena consciencia de que existe un riesgo de pérdida de la inversión, de falta de liquidez inmediata y que requiere para su comprensión de conocimientos técnicos suficientes. El carácter complejo de las participaciones preferentes encuentra reflejo normativo en el actual artículo 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 " (i) acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; (ii) a los instrumentos del mercado monetario; (iii) a las obligaciones u otras formas de deuda titulizada, salvo que incorporen un derivado implícito; y (iv) 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 aquéllos en los que concurren las siguientes tres condiciones: "(i) 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; (ii) que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento; (iii) 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".

En su consecuencia, la participación preferente es claramente calificable como



Valor complejo, porque no aparece en la lista legal explícita de valores no complejos y porque no cumple ninguno de los tres referidos requisitos. En este sentido, cabe señalar que la Comisión Nacional del Mercado de Valores señala en su página web que las participaciones preferentes son un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido.

A pesar de ese carácter complejo del producto participaciones preferentes y de que, como expusimos, tradicionalmente estaba destinado y era utilizado por inversores con experiencia en ese tipo de productos, es lo cierto que en el panorama financiero actual hemos asistido a la comercialización generalizada del mismo a personas que carecen de aquellos conocimientos. La comercialización masiva de las participaciones preferentes en los últimos años se ha debido fundamentalmente, como se señala en la sentencia de 23 de julio de 2013 de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Asturias , "a la necesidad de financiación de determinadas entidades financieras, pues la inversión que realizaban los partícipes se integraba como patrimonio neto y no como pasivo, permitiendo mayor liquidez a las mismas; es decir, que iban dirigidas a transformar en patrimonio neto el pasivo de clientes de las entidades de crédito que tenían sus ahorros en depósitos bancarios, como una política de reforzamiento de sus recursos propios ".

La referida sentencia concluye que "se trata de productos complejos, volátiles, híbrido a medio camino entre la renta fija y variable con posibilidad de remuneración periódica alta, calculada en proporción al valor nominal del activo, pero supeditada a la obtención de utilidades por parte de la entidad en ese período. No confieren derechos políticos de ninguna clase, por lo que se suelen considerar como "cautivas" y subordinadas, calificación que contradice la apariencia de algún privilegio que le otorga su calificación como "preferentes", pues no conceden ninguna facultad que pueda calificarse como tal o como privilegio, pues producida la liquidación o disolución societaria, el tenedor de la participación preferente se coloca prácticamente al final del orden de prelación de los créditos, por detrás concretamente de todos los acreedores de la entidad, incluidos los subordinados y, tan sólo delante de los accionistas ordinarios, y en su caso, de los cuotapartícipes (apartado h) de la Disposición Adicional Segunda Ley 13/1985 , según redacción dada por la Disposición Adicional Tercera Ley 19/2003, de 4 de julio).

Sin que tampoco pueda olvidarse la complejidad que encierra la vocación de perpetuidad ínsita en la naturaleza de dicho producto, pues al integrarse en los



fondos propios de la entidad ya no existe un derecho de crédito a su devolución, sino que, antes al contrario, sólo constan dos formas de deshacerse de las mismas: la amortización anticipada, que decide de forma unilateral la sociedad, a partir del quinto año, o bien su transmisión en el mercado AIAF, de renta fija, prácticamente paralizado en el panorama financiero actual ante la falta de demanda".

TERCERO.- Sentado lo anterior, si bien es cierto que, como alega la demandada, al tiempo de la contratación objeto de este procedimiento, no era aún exigible el cumplimiento de la normativa MIFID, lo cierto es que estaba vigente lo dispuesto en los arts.79 y 79 bis Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, acerca de la obligación de diligencia y transparencia, y de información, respectivamente.

El art.79 LMV 1988 establecía la "Obligación de diligencia y transparencia

Las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo.

En concreto, no se considerará que las empresas de servicios de inversión actúan con diligencia y transparencia y en interés de sus clientes, si en relación con la provisión de un servicio de inversión o auxiliar pagan o perciben algún honorario o comisión, o aportan o reciben algún beneficio no monetario que no se ajuste a lo establecido en las disposiciones que desarrollen esta Ley".

El art.79 bis regulaba las "Obligaciones de información

1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.
2. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales.
3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se



ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes. La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado.

La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias. La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá requerir que en la información que se entregue a los inversores con carácter previo a la adquisición de un producto, se incluyan cuantas advertencias estime necesarias relativas al instrumento financiero y, en particular, aquellas que destaquen que se trata de un producto no adecuado para inversores no profesionales debido a su complejidad. Igualmente, podrá requerir que estas advertencias se incluyan en los elementos publicitarios. Párrafo 3.º del número 3 del artículo 79 bis redactado por el apartado cinco de la disposición final tercera de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito («B.O.E.» 15 noviembre). Vigencia: 15 noviembre 2012

En el caso de valores distintos de acciones emitidos por una entidad de crédito, la información que se entregue a los inversores deberá incluir información adicional para destacar al inversor las diferencias de estos productos y los depósitos bancarios ordinarios en términos de rentabilidad, riesgo y liquidez. El Ministro de Economía y Competitividad o, con su habilitación expresa la Comisión Nacional del Mercado de Valores, podrán precisar los términos de la citada información adicional. Párrafo 4.ª del número 3 del artículo 79 bis introducido en su actual redacción por el apartado cinco de la disposición final tercera de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito («B.O.E.» 15 noviembre). Vigencia: 15 noviembre 2012

4. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

5. Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes.

6. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de



servicio concreto de que se trate; y sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente. La entidad proporcionará al cliente por escrito o mediante otro soporte duradero una descripción de cómo se ajusta la recomendación realizada a las características y objetivos del inversor.

Número 6 del artículo 79 bis redactado por el apartado seis de la disposición final tercera de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito («B.O.E.» 15 noviembre). Vigencia: 15 noviembre 2012".

Y, en este caso, no consta que la demandada conociese cuál era el concreto perfil de los actores al tiempo de la contratación, su formación académica en general y sobre productos de inversión, y no consta siquiera acreditado que la demandada proporcionase cumplida información a los actores de la naturaleza y riesgo del producto, cuando a ella le corresponde la carga de la prueba de ese extremo. De hecho, el testigo Sr.

(Director de la oficina bancaria) reconoció no saber cuál fuera el trabajo del actor ni su nivel de estudios; solamente afirmó que era un cliente muy antiguo y que buscaba rentabilidad, así como que sabía lo que es el riesgo, pues, de otro modo, no tendría contratados fondos de inversión o acciones.

Por lo demás, la demandada cuestiona que prestase servicios de asesoramiento, porque, además, alega que no era la entidad emisora de los títulos, sino una intermediaria/comercializadora, y que únicamente percibía una comisión por su actuación. Empero, no debe obviarse que los actores eran clientes de la demandada, no de un tercero, y que la contratación de los productos se hacía con la demandada, no con un tercero. De hecho, la mayoría de los productos que aparecen en el documento nº 5 de la contestación son productos de la propia demandada (por ejemplo, los fondos de inversión).

Al respecto, procede traer a colación lo que señala la STS, Sala Primera, de 20 de enero de 2014, en el sentido siguiente:

"9. Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un



asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE.

El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros ". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que " se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público".

En este supuesto, la parte actora no ha tenido la oportunidad de exponer en el juicio su versión de lo acontecido, puesto que no fue propuesto su interrogatorio por la parte contraria, pero la testifical de su hijo, D.

, a quien la demandada atribuye la tenencia de fondos de inversión por más de 6.000.000 euros, sí avala los hechos de la demanda.

El testigo señalado manifestó que su padre trabajó en una fábrica como obrero en el almacén, sin especializar, y que no tiene estudios, al igual que su madre, quien estaba en casa, sin saber apenas escribir y con una comprensión lectora mínima. Añadió que su padre era un "ahorrador", a quien no le gustaba el riesgo, y que el dinero, que procedía del importe de la prejubilación percibida en 1996, lo colocó en el banco para que diera un interés. Y, preguntado acerca de los productos obrantes en el documento nº 5 de la contestación, manifestó que no sabía que tuviera fondos de inversión, puesto que su padre no hablaba con lenguaje específico ni tampoco daba la sensación de que fuera a perder el dinero, sino que lo que buscaba era rentabilidad. Por ello, como precisó el perito Sr. , aunque pudiera ver disminuido en los extractos el valor nominal, podía pensar que, si no lo retiraba, estaba garantizado el nominal inicial hasta que pueda retirarlo.

En cualquier caso, a tenor de lo expuesto, no consta acreditado que fuera el actor –los actores- quien solicitase la contratación del producto y no



que le fuese ofrecido por la demandada.

Tanto el testigo empleado de la demandada como el testigo hijo de los actores vienen a coincidir, pues, en que el actor –respecto de la actora, el Sr. Espinosa precisó que era el actor quien “llevaba la voz cantante”, pues la actora carecía de conocimientos en la materia- buscaba la rentabilidad del dinero. Y la cuestión es determinar si la buscaba “a cualquier precio”.

Desde luego, el hecho de tener diversos productos de inversión a lo largo de los años pudiera hacer pensar en que el actor –los actores- pudiera ser conocedor de los riesgos que estos productos entrañan. Empero, también aparecen relacionados productos de renta fija (depósitos, libretas), así como fondos de inversión de los cuales se desconocen las características y riesgos concretos, muchos de los cuales están, además, ya cancelados, lo que avala la manifestación de su hijo de que sus padres no llegaron a tener más de 90.000 euros, sino que se traspasaba el dinero de un producto a otro a lo largo del tiempo.

Lo cierto es que, aun admitiendo que el actor –los actores- pudiera dar orden al empleado del banco para la compra de los títulos objeto del procedimiento, con apoyo en la relación de confianza habida con el Director de la entidad, no consta probada la información previa facilitada sobre el producto, acerca del cual el testigo Sr. reconoció no había siquiera ficha explicativa de las características y de los riesgos. Y la realidad es que el riesgo que genera este producto no es similar al del depósito bancario, desde el momento en que, en caso de insolvencia del emisor, el inversor se sitúa en el orden de recuperación de créditos, no en forma “preferente” delante de todos los acreedores comunes y subordinados, sino, en contra de lo que puede hacer pensar su denominación, por detrás de ellos. Desde luego, nada de ello aparece en la Orden de Compra, como tampoco que el capital no esté garantizado o que, como precisó el perito, haya una penalización por obtener un 6,25%, en lugar de una 4% o de un 4,25% de interés.

CUARTO.- Por otra parte, se considera que, aunque la parte actora pudiera tener una experiencia positiva de los fondos de inversión –se desconocen las concretas características y riesgos de los contratados anteriormente, así como la información facilitada en su momento acerca de los mismos-, y que la contratación de los mismos no dejaba de ser habitual en esa época, el punto de inflexión se produjo cuando se materializó, precisamente, el riesgo básico de ese tipo de inversión (participaciones preferentes), que consiste en la



perdida del capital invertido por insolvencia de la entidad emisora. Y no consta acreditado que la parte actora contase con información acerca de la posibilidad de perder su dinero.

Al respecto, la demandada, al tratar de la resolución contractual, relaciona ese hecho con la ruptura del nexo causal, por la crisis económica internacional, por las fluctuaciones e inseguridades de los mercados financieros, etc. Empero, la cuestión es que de todo ello debe quedar cumplidamente advertido el cliente, y ello no consta acreditado.

No consta, pues, que a la parte actora se le facilitase información acerca de los riesgos del producto al tiempo de contratar, pero tampoco posteriormente, al ver la evolución negativa del banco emisor, cuando el perito manifestó que, meses antes de la quiebra de KAUPTHING BANK, se podía deducir un manifiesto deterioro de las perspectivas de ese banco, por lo que se considera que, al menos, debió informarse de esa evolución negativa al cliente, para que adoptase una decisión al respecto, en lugar de hacerlo con posterioridad a sus quejas, como resulta de los documentos nº 9 a 15 de la demanda.

Y, en contra de lo que alega la demandada, no corresponde a los actores, como clientes minoristas que son, acreditar que su voluntad era contratar un producto de renta fija convencional, no complejo y con riesgo –la demandada reconoce en su contestación que el producto contratado es complejo y con riesgo-, sino que, objetivada la contratación del producto, corresponde a la demandada acreditar que tuvo lugar contando el cliente con la suficiente información acerca de las características y riesgos del producto, por más que fuera algo más rentable que otros, puesto que no se considera en sí mismo censurable buscar la mayor rentabilidad al dinero propio.

QUINTO.- No consta acreditado el cumplimiento del deber de información a los actores por parte de la demandada en cuanto al producto objeto del procedimiento, y la CNMV, en relación con las quejas recibidas contra la demandada entre 2012 y 2013, señala que las incidencias más relevantes detectadas en los 7 informes emitidos están referidas a la comercialización de participaciones preferentes de entidades extranjeras, concretamente, de bancos islandeses, centradas las quejas en la adecuación del producto al cliente y en la entrega de información sobre el producto objeto de reclamación.

En cuanto a la adecuación del producto al cliente, señala que "Con



análogo a la normativa y criterios que estuvieran vigentes en el momento de la contratación, no se pudo acreditar con los datos obrantes en el expediente, que la entidad valorase la adecuación del producto al cliente". En cuanto a la entrega de información sobre el producto objeto de reclamación, "No se pudo acreditar que la entidad facilitara información suficiente y adecuada sobre las características y riesgos del producto con carácter previo a su contratación".

Así las cosas, cabe acoger la acción de nulidad (anulabilidad) basada en la concurrencia de vicio en el consentimiento (error).

En relación con el error como vicio del consentimiento, señala la STS, Sala 1ª, de 29 de octubre de 2013, lo siguiente:

"Reiteramos la doctrina que, sobre la materia, resumió la sentencia 683/2012, de 21 de noviembre. En ella expusimos que cabe hablar de error vicio cuando la voluntad del contratante se hubiera formado a partir de una creencia inexacta - sentencias 114/1985, de 18 de febrero, 295/1994, de 29 de marzo, 756/1996, de 28 de septiembre, 434/1997, de 21 de mayo, 695/2010, de 12 de noviembre, entre muchas -. Es decir, cuando la representación mental que hubiera servido de presupuesto para la celebración del contrato fuera equivocada o errónea.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada - "pacta sunt servanda" - imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y, consecuentemente, pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, los contratos constituyen el instrumento jurídico por el que quienes los celebran, en ejercicio de su libertad - autonomía de la voluntad -, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una "lex privata" (ley privada) cuyo contenido determinan.

La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos - sentencia de 15 de febrero de 1977-.

En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca la consideración de tal. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura, no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

Dispone el artículo 1266 del Código Civil que, para invalidar el



consentimiento, el error ha de recaer - además de sobre la persona, en determinados casos - sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de ella que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo - sentencias de, 4 de enero de 1982, 295/1994, de 29 de marzo, entre otras muchas -, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato - artículo 1261, ordinal segundo, del Código Civil-.

Por otro lado, de existir y haberse probado, el error debería ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato - que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias - pasadas, concurrentes o esperadas - y que es en consideración a ellas que el contrato se les presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del negocio jurídico, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento.

Se entiende que quien contrata soporta el riesgo de que sean acertadas o no las representaciones que, al consentir, se hizo sobre las circunstancias en consideración a las cuales le había parecido adecuado a sus intereses quedar obligado.

Como se indicó, las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos - sentencias de 8 de enero de 1962, 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997, entre otras -.

Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos en el desenvolvimiento de la relación contractual resulten contradictorios con la reglamentación creada. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.



Repetimos que el error vicio exige que la representación equivocada se muestre para quien la efectuó como razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecte sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo, en caso de operaciones económicas, de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia.

Por otro lado, el error ha de ser excusable. La jurisprudencia - sentencias de 4 de enero de 1982, 756/1996, de 28 de septiembre, 726/2000, de 17 de julio, 315/2009, de 13 de mayo - exige tal cualidad, pese a no estar mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta de quien se presenta como ignorante o equivocado, negándole protección cuando, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en esa situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida".

En este caso, no consta siquiera acreditado por la parte demandada ex art.217 LEC que entregase a los actores copia de la documentación contractual, ni consta les proporcionase siquiera un folleto informativo, ni la adecuada información precontractual, por lo que difícilmente podían tomar conocimiento los actores de lo que estaban contratando, más concretamente, de sus riesgos, siempre posibles, aunque hasta entonces, afortunadamente, no se hubiesen materializado y la situación económica de la entidad estuviese saneada. Prestaron el consentimiento viciado por error, porque la voluntad de los actores se formó a partir de una creencia inexacta sobre lo que estaban contratando.

Por lo demás, la acción de anulabilidad no se halla caducada, en contra de lo que alega la demandada. Al respecto, la SAP Baleares, sección 3ª, de 1 de abril de 2014, señala lo siguiente:

"Dispone el artículo 1.301 del Código Civil:

"La acción de nulidad sólo durará cuatro años.

Este tiempo empezará a correr:

En los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato."

Dado que no nos encontramos ante un supuesto de nulidad absoluta o radical,



en el que la acción es imprescriptible, y que el plazo previsto en el precepto es de caducidad -que no admite interrupción y es apreciable incluso de oficio-, la jurisprudencia ha sido certera a la hora de precisar que el momento inicial del cómputo del plazo de cuatro años no es nunca anterior al cumplimiento del contrato, por lo que la acción de restitución no puede empezar a correr sino desde la consumación.

A este respecto cabe recordar la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2003, que señala: "dispone el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años empezará a correr desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código ." En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que "el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr "desde la consumación del contrato". Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes, criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, "en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1.955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó..."

Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1.928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó".

En igual sentido la sentencia del Alto Tribunal de 20 de febrero de 2008 -en



Relación a un contrato de préstamo- afirma que no puede entenderse cumplido ni consumado el contrato hasta la realización de todas las obligaciones.

La doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato (art. 1301 del Código Civil). Entender que la acción solo podría ejercitarse "desde" la consumación del contrato, llevaría a la conclusión jurídicamente ilógica de que hasta ese momento no pudiera ejercitarse por error, dolo o falsedad en la causa, en los contratos de tracto sucesivo, con prestaciones periódicas, durante la vigencia del contrato".

Los cuatro años no se computan, pues, desde la celebración del contrato, sino desde la realización de todas las obligaciones, lo cual no ha podido llevarse a efecto por razón de los acontecimientos producidos, de forma que la acción no ha caducado.

La acción no ha caducado, como tampoco la percepción de intereses durante cierto tiempo supone la confirmación del contrato. Señala al respecto la SAP Baleares, sección 3ª, de 1 de abril de 2014, lo siguiente: "De conformidad con lo establecido en el artículo 1.309 del Código Civil la acción de nulidad queda extinguida desde el momento en que el contrato haya sido confirmado validamente. Según dispone el artículo 1.311 del mismo Código Civil, la confirmación puede hacerse expresa y tácitamente. Se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad, y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo.

En interpretación de este precepto, ha señalado la doctrina jurisprudencial que la confirmación tácita tiene lugar cuando, cesada la causa de nulidad, la persona legitimada para impugnar el negocio, conociendo que dicha causa de anulabilidad había existido, realiza actos que implican necesariamente que está renunciando a la impugnación del negocio, tales como cumplimiento del contrato, constitución de garantías, recepción o reclamación de la prestación de la otra parte, etc (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1.980 , 4 de julio de 1951 , 15 de febrero de 1.995 , 12 de noviembre de 1.996, 21 de julio de 1997)".

Por todo ello, acogiendo los cálculos efectuados por la demandada de



los cupones recibidos entre septiembre de 2006 y septiembre de 2008, por importe de 18.281,25 euros, y que los actores, que s.e.u.o. los fijaron en 15.204,70 euros en su demanda, asumieron en el acto de audiencia previa como los correctos, procede la estimación sustancial de la demanda, declarando la nulidad (anulabilidad) peticionada.

SEXTO.- Por imperativo del art.394 LEC, las costas procesales se impondrán a la parte demandada, al haber sido estimadas las pretensiones de la actora.

FALLO

Que estimando sustancialmente la demanda interpuesta por D.
y Dña. contra BANCO DE LA
PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA (BANKPYME), DEBO DECLARAR Y
DECLARO la nulidad del contrato de fecha 27 de junio de 2005 para la
adquisición de VALORES KAUPTHING BANK 6,25% y, como consecuencia de
dicha declaración, DEBO CONDENAR Y CONDENO a la demandada a la
restitución del importe de 92.025 euros, más los intereses legales que
correspondan desde el cargo en cuenta y hasta su efectivo pago, debiendo
compensar de todo ello los importes percibidos en concepto de cupón
(18.281,25 euros), con imposición a la demandada de las costas procesales
causadas.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación en el plazo
de VEINTE DÍAS ante este Juzgado y para la Ilma. Audiencia Provincial de
Barcelona.

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

PUBLICACIÓN.- La sentencia que antecede ha sido leída y publicada por la
Ilma. Magistrada-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública
en el mismo día de su fecha, de lo que doy fe.