

**Audiència Provincial
de Barcelona**

Secció 11a

**Rotlle núm.
Jutjat de Primera Instància núm. 6 de Granollers
Actuacions de procediment ordinari núm.**

Sentència núm. 215/2016

Il·lms. Srs.

**Josep M^a Bachs i Estany
Francisco Herrando Millán
María del Mar Alonso Martínez**

Barcelona, 12 de juliol de 2016

La Secció Onzena de l' Audiència Provincial de Barcelona ha vist amb el núm. les actuacions de recurs d'apel·lació interposat per la procuradora Sra. Gómez i Gutiérrez, en representació de Bankpime, part demandada, i ha pronunciat la següent Sentència.

I. Antecedents de fet:

Primer. La part dispositiva de la Interlocutòria Definitiva apel·lada és la següent: "FALLO.- Estimo íntegramente la demanda formulada por la procuradora de los Tribunales D^a Consol Cuadra Baile, en nombre y representación de D^a , contra la mercantil Bankpime, y en su virtud, declaro la nulidad de las órdenes de compra de los productos denominados bonos de Fergo Aisa, con confirmación de la operación en fecha 15 de octubre de 2007,

así como de los bonos de Commerzbank, con confirmación de la operación en fecha 22 de octubre de 2007, y condeno a la demandada a pagar a la actora la cantidad de 44.411,51 euros, más los gastos de custodia directamente vinculados a estos valores, contabilizados en el hecho tercero del escrito de demanda, a concretar en ejecución de sentencia por ser de devengo periódico, más intereses legales y costas".

Segon. Ha comparegut en aquesta alçada la part recurrent a través del procurador Sr. Rodés i Menéndez.

Ha comparegut en aquesta alçada la part oponent a través del procurador Sr. Moratal i Sendra.

Ha estat assenyalada per a deliberació, votació i decisió del recurs l'audiència del dia 18 de maig de 2016, el que ha tingut lloc a l'hora prevista.

HA ESTAT VIST, essent ponent l'Il·lm. Sr. Magistrat Josep M^a Bachs i Estany, President de la Secció.

II. Fonaments Jurídics:

Primer. Apel·la la part demandada (ara IPME 2012 SA) la Sentència d'instància (f. 506 i ss.) pels següents motius:

1er) caducitat de l'acció: la sentència estima la nul·litat de les ordres de compra i desestima l'excepció de caducitat de l'acció. la demanda diu exercitar la resolució, la nul·litat i subsidiàriament l'anul·labilitat, però la que realment exercita és aquesta darrera, l'acció per consentiment existent però viciat d'error. El consentiment segons el recurrent es manté no solament en el moment de la compra sinó pel fet del cobrament dels cupons al llarg dels anys 2008, 2009 i 2010. Per tant, entén, la sentència s'equivoca en no apreciar la caducitat de l'acció i barreja les responsabilitats de l'emissora del producte Fergo Aisa i Commerzbank (després Deutsche Bank) i del banc comercialitzador. Aquest ni havia de restituir el capital ni pagar els interessos. Ho va explicar bé el testimoni Sr. (min. 6:40 DVD):

l'emissió la feia Fergo Aisa i Commerzbank, (després Deutsche Bank) no Bankpyme. Bankpyme només va executar la intermediació. No és aquest contracte de mediació un contracte successiu sinó de tracte únic, exhaurit amb la consumació per recepció de títols i pagament de preu. Invoca diversa jurisprudència menor al respecte

2on) estem davant d'un contracte d'administració i dipòsit de valors on no hi ha assessorament, no és un compte d'inversió o de gestió de cartera (sents. AP València -9a- de 9-12-2011, Palma de Mallorca -5a- de 2-9-2011), no pressuposa assessorament. Recorda el contingut dels arts. 79 LMV -versió del moment de celebrar-se el contracte- i la sent. TJUE -4a- de 30-5-2013 (C-604/11) que obliga a fer els test de conveniència i idoneïtat (art. 19.4 i 5 Dir.) menys en casos com aquest, d'instruments no complexes. El banc va informar, no va assessorar, ja que res va cobrar per fer-ho (Sr.

Perelló min. 19:24 DVD) i aquest testimoni diu que els va informar (min. 16:15 i 17 DVD) advertint-los de risc i del risc d'emissió en concret.

Quant a informació postcontractual també s'equivoca la sentència. Ja que per omissió no fa cap valoració del doc. 7 contestació. No estem en assessorament de l'art. 63 LMV. Complia la part bancària informant dels riscos, rebent i transmetent l'ordre de compra. No se li pot exigir al banc mediador que el 2007 preveïés la fallida de l'emissor, aleshores considerat de gran solvència.

No es va subrogar ni va garantir l'emissió, sinó que va comercialitzar un producte aliè, de manera que no està en rebel incompliment de cap obligació (sents. TS 23-4-1992, 15-6-1995 etc.) Invoca així mateix sent. AP Madrid -25a- de 15-7-2011. No s'ha acreditat incompliment de deure d'informació.

3er) El perfil dels clients: són errònies també les conclusions del Jutjat. la sentència diu que no se sap el perfil per manca de tests d'idoneïtat i conveniència. El que no hi és ni existeix és de idoneïtat. Es va contractar abans de la introducció de la normativa MiFID, el 2007, que regula precisament el test d'idoneïtat. Havien mantingut amb Bankpime productes de diferent entitat i es va valorar la seva experiència en base a productes agressius que abans ja havien contractat. Perelló ho explica bé (min. 22:25 i ss. DVD)

4rt) la sentència és contrària als principis de la càrrega de la prova.

S'oposa la part demandada (f. 526 i ss.) pels següents motius:

1er) S'han exercitat aquí una **acció de resolució contractual** per incompliment objectiu de les obligacions legals de transparència i informació i indemnització de danys i perjudicis conseqüents derivada de dany patrimonial per deficient comercialització. Subsidiàriament, **acció de nul·litat radical** (art. 6.3 CC) considerada derivada de normes imperatives i subsidiàriament encara **anul·labilitat per error vici del consentiment** (art. 1265 i ss. CC) per incompliment d'obligacions d'informació. Aquesta finalment és l'acció apreciada pel jutjat.

Sense impugnar ni apel·lar invoca la procedència de la nul·litat absoluta en referir-se a la sent. AP Barcelona 17-12-2012 i a la del TS de 7-10-2011 clarament i 21-11-2012 obiter.

Quant a la possible caducitat, la nega perquè no estem davant d'un simple mandat de compra, sinó davant la prestació d'un servei d'inversió quines obligacions d'assessorament i informació perduren fins al final de la vida del bo o obligació subscripta.

Fergo Aisa és del mateix grup que Bankpime (docs. 7-9 demanda) **en compartir participació i òrgans de representació**. Des de 2010, no 2008, va deixar de pagar els cupons. El venciment era a 14-8-2011.

Reconeix que esperaven que es complís amb els terminis de l'emissió, quant a capital i cupons, que no van témer res fins 2011, moment en que s'adonen del risc que desconeixien. Entre 2011 i la demanda, 2013, només haurien passat, en qualsevol cas, 2 anys.

A més, un assessor responsable, hauria advertit del risc immediatament de percebre'l. Invoca conflicte d'interessos.

Que abans hagués adquirit altres productes no implica que tingués la ciència infosa o una especial saviesa per a detectar la problemàtica que aquest concret producte ha generat.

2on) Quant a la veritable natura del contracte, en primer lloc la contrària es confon quan diu que la nul·litat no pot derivar d'incompliments de la fase precontractual i que les obligacions no neixen fins que hi ha contracte. Les obligacions també neixen de Llei i la de donar plena i franca informació neix de la Llei.

I un contracte de dipòsit i administració també imposa aquesta obligació de veracitat. La distinció entre assessorament o gestió o intermediació és del tot irrellevant, ja que **la comercialització fora de mercat primari fa que l'intermediari hagi de fer un esforç d'informació complementària molt important sobre la bondat i conveniència de l'operació a fer**. La única informació que consta aquí donada és la poca que hi ha al contracte.

Per tant, la demandada com els seus treballadors tenien plena consciència de tot això, de la causa o fet constitutiu de l'acció i no consta donessin dita informació: no hi ha cap rebut, no consta atribuït cap fulletó, cap tríptic, res.

La comercialitzadora resta igual d'obligada a informar (sent. AP Balears -3a- núm. 2185/12), màxim quan la garantia de pagament del cupó estava condicionat a l'existència de beneficis distribuïbles, de manera que es perllongava al llarg de l'existència de tota la inversió. Invoca les encara recents sents. TS 18-4-2013, 14-11-2005, AP Murcia -5a- de 14-12-2011 i Balears -5a- de 3-12-2012 i 2-9-2011.

Si els haguessin explicat que aquesta emissió era per refinançar la devolució de la de 2001, encara que els resultats de 2005 i 2006 haguessin estat positius, els hauria fet veure que la marxa dels negocis no era tan bona com es deia i que el producte no oferia seguretat de cap classe. S'haurien adonat de l'ocultació dolosa d'una situació delicada.

3er) El perfil dels clients era conservador i minorista, encara que en alguna ocasió haguessin tingut algun fons. Invertien per consell del banc i de la confiança en ells dipositada, en els empleats que els aconsellaven. No amb la simple intenció d'obtenir un 5% de rèdits que no justifica el risc incorregut. A més era un producte de pagament únic a l'inici, el 2007. Les lletres del tresor eren més interessants i segurs a mig termini. Quan es van vendre el 2007 ja hi havia indicadors de mals auguris. No e va lliurar cap fulletó.

Postula la confirmació amb costes.

Segon. L'anàlisi de l'actuat revela acreditats els següents antecedents i fets:

a) Els actors (25-4-2013) demanden a Bankpime (actualment Ipme 2012 SA) en exercici de l'acció de resolució contractual per incompliment contractual amb indemnització de danys i perjudicis i, subsidiàriament, de nul·litat contractual derivada de la compra, el 10-10-2007 (el negoci de banc de Bankpime es va vendre a Caixabank SA i fou elevat a públic el 1-12-2011, f. 67 i ss., i el 31-7-2012

va canviar la seva denominació de Bankpime a Ipme 2012 SA), de **21 bons de l'empresa constructora Fergo Aisa** (valor 210.023,50 €) i de **30 títols** (valor 29.595 €) **Commerzbank** (avui Deutsche Bank) per no haver estat lliurat als actors informació suficient prèvia i coetània al contracte. Acompanya abundosa jurisprudència als f. 225 i ss.

No es va lliurar còpia de l'ordre de compra dels de Fergo Aisa (sí s'acompanya extracte i còpia de l'ordre de subscripció dels bons de Commerzbank)

Es tracta de simples empleats que sempre han canalitzat els seus estalvis segons consell dels empleats del banc. Sempre a capital garantit.

Admeten que en una ocasió van arribar a tenir un fons d'inversió que al seu venciment es va renovar per aquests dos productes degut als bons resultats d'aquell.

Quant als bons Fergo Aisa, el Sr. Perelló i Capó admeten que els va explicar que eren a 5 anys, de manera que venia a funcionar com un dipòsit a termini, sense risc i amb possibilitat de rescat total o parcial en qualsevol moment.

Ni s'han pagat els rendiments promesos ni s'ha retornat el capital.

El mateix ha passat amb els bons alemanys. El seu venciment era juliol de 2008 però ara sembla que s'han convertit unilateralment en accions del Deutsche Bank sense que aquesta part entengui per què i amb un valor molt inferior.

Les ordres (f. 63 i ss.) contien informació comuna i insuficient (AISA 08/11 5% BO, COMMERZBANK 11%DEUTSC BK 7/08), és un precontracte, no hi ha contracte, hi havia pacte de recompra al revers (data de venciment, 14-8-2011 per Fergo i 23-7-2008 bons Commerzbank) que mai es va complir. De manera que es va vendre una mena de bons simples amb alt risc enlloc de la mena de dipòsit que s'havia anunciat, un producte ni garantit ni segur. S'ha perdut el capital i la remuneració en el cas de Fergo Aisa, ara totalment insolvent. S'invoca mala fe contractual i conflicte d'interessos.

Fergo Aisa SA era filial de Agrupació Mútua, d'on va néixer Bancpime. Probablement aquest conflicte d'interessos ha fet que des de mitjan 2007 no s'hagi reaccionat davant del deteriorament evident de Fergo Aisa i Commerzbank. Un assessor diligent hauria aconsellat sortir de les posicions assolides o de comercialitzar ambdós productes.

S'aporta prova de l'evolució negativa de Fergo Aisa (vide p. ex. f. 187 i ss.).

Mai va dir, a més, que amb aquesta emissió es refinançava el retorn de l'anterior.

Reconeixen haver rebut 956,05 €, 2 cupons de Fergo dels dos primers exercicis i Bankpime els ha cobrat 562,27 € de despeses de custòdia. En el cas de Commerzbank han percebut 3.591 € i, convertits en accions, dividends per valor de 556,52 € i els han cobrat 147,51 € de despeses de custòdia de valors.

Ara saben (f. 193 i ss.) que es tracta en el cas dels bons Fergo Aisa d'una emissió de bons simples d'25 milions d'€ des de 14-8-2006 i venciment 14-8-2011 a tipus fix del 5% pagador anualment,

cotització a renda fixa AIAF i s'adverteix que l'emissor no té qualificació creditícia. I a més té el risc popi de pèrdua de valor segons mercat, producte complex i d'elevat risc. Per a refinançament parcial de l'emissió actual amb venciments 2006, data d'emissió 2001 i nominal 29.437.000 €. En el cas dels bons Commerzbank, no s'ha trobat cap mena d'informació. Són obligacions subordinades obligatòriament convertibles en accions (se'n desconeixen paràmetres i condicions), risc de conversió al primer any, pot no tenir rendiment i pèrdues de capital, venda a la Borsa -mercat continu- de Frankfurt sense garantia de liquiditat immediata, rendibilitat condicionada a beneficis distribuïbles; (a l'arbitri de que el consell del BBVA decideixi no repartir-los), manca de limitacions legals imposades als recursos propis, són subordinats i van només davant de les accions.

No s'ha complert de cap manera amb la normativa anterior a la introducció de la normativa MiFID sobre informació

b) La demandada contesta invocant pluspetició (els bruts percebuts han estat de 5.916,77 e i 556,52 e per les accions i no pas de 5.103,57 €.

Nega en general els fets.

Nega la inexistència de contracte: afirma que és de dipòsit i administració de valors i no pas d'assessorament dient que sí s'ha informat plenament de la natura i efectes dels bons en qüestió. És a Caixabank com tots. Nega que no es donés fulletó (ja que s'aporta com a doc. 12 de la demanda). Nega que no es donés informació suficient. Nega se'ls digués que era un producte segur i garantit i sense risc.

Afirma que el perfil dels inversors és no qualificat o minorista. Que a aquesta adquisició no li afecta la normativa MiFID.

Els actors confonen bo estructurat amb simple (f. 396). haurien d'tenir més diligència i coneixements ja que havien contractat abans fons d'inversió i tenien un compte standard de gestió de cartera (f. 382 i ss.) tots ells de risc alt.

Els bons d'Aisa són simples, no complexos. Destaca que recentment ha assolit arxivar la seva condició preconcursal (f. 352) i està negociant el refinançament de la companyia (f. 355; després constarà els u concurs). Quant als bons Commerzbank té strike i barrera -similar a un swap- de manera que si baixa en algun moment de 84,09 -barrera- i tanca per sota de 105,11 € -strike- es reben no el nominal més cupó a l'11% sinó 9.513 accions per cada 1000 € invertits més cupó de l'11%

Sosté que la posició d'Ipme 2012 SA és la pròpia d'un contracte d'administració de valors i dipòsit de valors (f. 397), no de gestió de cartera. Només s'ha cobrat comissió de dipòsit (2%)

S'afirma que es va donar informació i s'aporten blocs documentals (f. 398 i ss.) d'operacions realitzades

Es nega el pacte de recompra ("repo") i l'assumpció de cap garantia de liquiditat en tant no consten al contracte.

En cap moment els actors acrediten el seu desig i voluntat d'adquirir valors de renda fixa segurs, la sola denominació AISA 08/11 5% BO a un tipus del 5% indica ja que no podia tractar-se de

tipus Bo del Tresor i menys encara el bo estructurat Commerzbank a l'11% estaven habituats a aquest tipus d'inversió.

Nega cap incompliment. No acrediten cap error. Nega error de consentiment. Haurien de provar per què van esperar 5 anys. En tot cas això seria ratificació. S'invoca caducitat de més de quatre anys de l'acció d'anul·labilitat.

c) Es va celebrar l'audiència prèvia el 28-10-2013 (DVD al f. 439) on cada part va mantenir la seva tesi.

Va proposar l'actora que s'oficiés a Caixabank per a obtenir la còpia dels contractes. Va aportar la sent. del Jutjat 20 de Barcelona en un cas similar i que va anul·lar una compra de bons Aisa Fergo (f. 420 i ss.) i va demnar la testifical del Sr. Perelló i capó, empleat de l'oficina, i del gestor que es fa la declaració d'IRPF Sr. Delbàs i Marfà

Va proposar la demandada l'interrogatori dels actors, la documental per reproduïda i la testifical del Sr. Perelló i Capó

d) El judici es va celebrar el 14-2-2014 (DVD al f. 439)

Es va renunciar prèviament (f. 447) l'interrogatori dels actors. Van declarar com a testimonis:

- 1)
- 2)

Tercer. La Sentència d'instància, de data 28 de febrer de 2014 (f. 439 i ss.) estima íntegrament la demanda.

Entén quant a la **caducitat de l'acció** de nul·litat que són aplicables al cas la sent. AP València -9a- de 16-7-2012, que aplica la jurisprudència del TS i entén, amb aquesta, que el termini arrenca de la consumació i que aquesta consisteix amb el compliment total de les prestacions. Com que entén que estem davant d'un contracte de tracte successiu on no s'ha produït una veritable entrega de bons o devolució de recíproques prestacions s'ha de desestimar dita excepció aplicant l'art. 1301 CC. No ho raona prou.

Entén que no procedeix tampoc la **manca de legitimació passiva** ja que, examinats els extractes de confirmació, ordres de subscripció i escriptura de venda dels bons resulta que la demandada va intervenir en tot moment (no és objecte de recurs) i considera que va desenvolupar una activitat pròpia d'assessorament i prestació de serveis d'inversió de l'art. 66 Llei 24/1988 del Mercat de valors. No ho raona prou.

Entén que per a determinar la natura del contracte cal aplicar la sent. AP Girona -1a- de 30-5-2012 o la de l'AP València -9a- de 9-12-2012 per diferenciar gestió i assessorament de cartera de simple custòdia i dipòsit. i es pregunta què ha estat en aquest cas i conclou que tot i no trasposada, la **directiva MiFID produïa efecte directe des de la seva publicació al DOCCEE en les relacions horitzontals banc-consumidor perquè ja havia transcorregut el termini de transposició** (sents. Francorich, de 19-11-1991 i Fratelli Constanzo, 22-6-1989), de manera que conclou que substancialment aquests contractes tenen la mateixa regulació que després de publicada la Llei 47/2007.

Entén que en cas d'assessorament i gestió de carteres (premissa

de la que parteix) l'entitat ha d'obtenir la informació necessària sobre coneixements i experiència dels clients, sobre la situació financera i objectius d'inversió d'aquells, amb la finalitat de poder-li recomanar els serveis d'inversió i instruments financers que més li convinguin i, quan l'entitat no obtingui aquesta informació, no recomanarà serveis per a dits clients.

Amb el que realment està suposant que aquí el que falla és això.

Fa una **exposició genèrica de les condicions de l'error i el dol**. Conclou que estem davant de clients consumidors. I minoristes.

Conclou que dels docs. 1-3 demanda (extractes de confirmació) no resta acreditada la informació suficient dels elements integrants del producte contractual, de manera que no s'ha d'examinar la controvèrsia des del punt de vista del compliment o incompliment sinó des de la perspectiva de la concurrència de possibles vicis del consentiment.

Conclou també que es tracta d'uns productes complexos, d'alt risc, sobre la base del fulletó (doc. 12) i les declaracions del Sr. Perelló. No creu que existís una documentació assequible o comprensible a l'abast del públic, a manca de prova, per a que un minorista mitjà pogués decidir si contractar o no. I com que la càrrega és de la demandada (sent. TS 14-11-2005), entén que no s'ha acreditat tal lliurament d'informació. Entén que no hi ha tests de conveniència ni idoneïtat. Entén que el perfil és conservador.

Conseqüentment, declara que concorre vici del consentiment (error essencial i excusable) i mana retornar 44.411,51 € més despeses de custòdia a determinar en execució de sentència més interessos legals i costes.

No fa cap referència al retorn de títols ni interessos percebuts
Amb costes.

Per raons de sistemàtica procedirem a estudiar els motius per ordre diferent d'aquell en que vénen estructurats.

Quart. Tot el recurs de la part demandada pivota sobre la base de que Bankpime (avui Ipme 2012 SA) només va intermediar en cursar les ordres de compra de l'actora i que en aquest tipus de negociació no hi hagué assessorament i sí només activitat comercialitzadora. De manera que el segon motiu de recurs, que examinarem en primer lloc, sosté que el que hi ha aquí és només un contracte d'administració i dipòsit de valors, que l'art. 79 LMV -versió del moment de la celebració del contracte, 10-10-2007- exclou els tests de conveniència i idoneïtat en casos com aquest, d'instruments no complexos i que el banc va donar tota la informació necessària. No es pot acollir.

A la vista de la prova practicada i de la doctrina establerta per aquest mateix Tribunal, doncs el supòsit és del tot similar (rotlle 1158/2011, sent. 19-12-2013, ROJ SAB B 15056/2013), estem davant d'una venda assessorada. No de productes propis però sí d'entitats participades o econòmicament properes, el que genera un conflicte d'interessos banc/client en el qual té un pes específic essencial la prova de que s'ha vetllat escrupolosament pels interessos del

client per damunt dels propis de l'entitat, el que s'ha de traduir en una exquisida i plena, franca i clara revelació de tota la informació precisa sobre l'abast i efectes del producte col·locat, abans, durant, i després del contracte, en seguiment de la inversió propiciada.

Es remet la Sala, in extenso, i en allò que realment és aplicable a aquest cas, al raonat en aquella sentència sobre venda assessorada i deure d'informació amb caràcter general.

Tant en aquell cas (bons Lehmann Brothers) com en aquest (bons Fergo Aisa, constructora participada, bons Commerbank, bons de firma no participada però afí), la iniciativa de l'oferta va partir dels empleats del banc; ni es discuteix que l'actora sempre havia canalitzat els seus estalvis segons consell d'aquests i sempre a capital garantit, havent sostingut l'actora que se'ls va explicar que essent bons a 5 anys funcionaven com un dipòsit a termini, de manera que malgrat tot podien cancel·lar-lo quan volguessin. I al final no ha estat així.

Tant en un cas com en altre mancà la necessària i plena informació, no solament la genèrica, pròpia d'un producte comercialitzat, sinó amb les exigències que tant la normativa MiFID ara com l'anterior a aquella exigien.

És quan han començat a no cobrar o a veure bescanviats sense més els bons Commerzbank per accions de dit banc, amb una importantíssima pèrdua, que s'han assessorat de tercers i han copsat els actors que l'emissió Fergo Aisa no tenia qualificació creditícia de cap classe (tècnicament pitjor, doncs, que un bo escombraria), o que l'emissió de 2006, de la procedien aquests bons, es va fer per refinançar la de 2001 (tècnica similar, quan l'emissor és un particular que posa en circulació els seus propis títols, lletres de canvi, p. ex., és coneguda com "cadena", quelcom que ja, quan és advertit, de per si posa en qüestió la seva solvència) o que resulta pràcticament impossible assolir informació sobre els termes i condicions de l'emissió de Commerbank, més enllà de la seva conversió obligatòria en accions, sense que abans de la demanda hi hagi cap rastre documental de cap mena d'informació a l'actora sobre el risc de conversió el primer any (amb el conseqüent aterratge i cotització a la Borsa de Frankfurt sense cap previsió de mínims), sense que consti cap mena d'informació de que els beneficis vénen condicionats a que l'entitat adquirent de l'emissor (BBVA SA) decideixi no repartir dividends i, per tant, res es cobri, etc.

Tot sembla indicar que Aisa Fergo i Commerzbank arrossegaven ja problemes des de 2007 i això no va impedir al banc, interessat, col·locar els seus productes a l'actora quan el més elemental deure de lleialtat davant el client era precisament tractar d'evitar que entressin en contacte amb productes tòxics.

Tant en aquell cas paradigmàtic com en aquest, el banc, que ha captat al client, li ha ofert i l'ha persuadit de la bondat del producte que finalment ha estat objecte d'inversió, explicant potser part dels avantatges, però deixant d'informar dels molt nombrosos inconvenients que dita inversió representava.

Així, enlloc de l'actuat no consta que hagi facilitat la deguda

informació (i si ho ha fet en el sentit indicat per l'actora, que tampoc n'acredita el contingut, ho hauria fet faltant a la veritat). No hi ha documents o rebuts signats de lliurament de tríptics, fulletons, simulacions, etc. No hi ha entrevistes enregistrades, res, amb anterioritat al contracte. Ni informació sobre el contracte que reveli necessàriament aquesta plena informació.

Pretén la part demandada que l'esment de la llegenda "AISA 08/11 5% BO" o "COMMERZBANK 11% DEUTSC BK 7/08" siguin jeroglífic o anagrama suficient per a informar plenament de la naturalesa, efectes i abast pràctic del tipus de producte de que es tracta i fins i tot per a poder distingir el primer com a bo simple i el segon com a estructurat.

Les declaracions de l'empleat del banc, per si soles, i més en un cas de conflicte d'interessos, no es poden tenir en compte com veritable testifical.

Cinquè. El quart motiu de recurs ens diu que la sentència ha infringit el principi de càrrega de la prova.

No es pot acollir.

Com vàrem advertir a l'esmentat cas del Rotlle 1158/2011), i amb això contestem també el motiu quart d'aquest recurs, negativament, certament, no es pot atribuir, en recta interpretació de l'art. 217 LEC, a la part actora la prova d'uns fets en si mateixos negatius. La informació que es diu donada verbalment l'ha d'acreditar, quant a l'abast i contingut exacte, la part demandada, i hauria de fer-ho a través del lliurament de resums del fulletó d'emissió o altres mecanismes comercials similars i adients, perquè la prova testifical dels propis empleats del banc, en la mesura que el seu testimoni afavoreixi a aquest, sempre serà una prova qüestionable, màxim atesa la importància que se li ha donat històricament a la prova documental i el descrèdit paral·lel a la testifical en la prova de les obligacions mercantils més enllà d'un determinat valor (art. 51.1 in fine CCom. encara vigent i art. 1248 ja derogat del CC). Costava poc, pensem, haver tingut aquesta cura, màxim quan si bé no era obligatori abans de la Llei 47/2007 lliurar -el que no lliura d'explicar-ho degudament- tota la documentació de l'emissió, fulletó inclòs, sí que tot el sistema bancari espanyol coneixia la pràctica europea generalitzada en aplicació de la Directiva MiFID i que, tard o d'hora, s'acabaria transposant a la normativa interna del nostre país.

En no haver-ho fet així, entenem que -llevat d'admissions dels actors- la part demandada no pot pretendre haver acreditat de forma objectiva haver subministrat tota la informació necessària, certa, comprensible i prèvia que per a l'adquisició del producte es requeria raonablement.

Sisè. El motiu tercer del recurs diu que el perfil del client era el propi d'uns inversors experts perquè abans havien tingut productes d'alt risc i agressius.

No es pot acollir.

En el cas del Rotlle 1158/2011 no tots els trets dels clients eren

traspolables a l cas que ara ens ocupa. A més, aquell era un cas molt més greu d'abús de confiança per part del banc que els havia assignat un assessor personal (cosa avui força freqüent, els bancs ens fan saber que tenim un assessor encara que normalment mai ens hi adrecem).

Allí ressaltavem:

"El gran problema en les adquisicions d'aquests productes quan qui apareix com a adquirent és un petit inversor, persona gran de més de setanta anys, amb un marcat perfil subjectivament conservador, és que mai (o gairebé mai) hi ha un rastre documental que permeti discernir amb quin grau d'informació van esdevenir titulars del producte. Si van comprar amb ple coneixement de causa o se'ls va vendre el producte.

Si, a més, l'entitat resulta ser no un banc comercial sinó de negocis amb el que s'hagi teixit una relativament llarga i sòlida relació de serveis i, per tant, s'hagi generat una relació de confiança, és més freqüent de l'esperable descobrir, com passa en aquest cas, que amb anterioritat a les ara considerades problema han fet altres inversions, ara no conflictives atès el seu resultat més o menys favorable, canalitzades cap a productes complexos d'igual o major complexitat i fins i tot de major risc.

En tots els casos, però, una característica es ve repetint: els clients (que per la seva formació financera, experiència real de la vida, passat i expectatives de futur i solvència econòmica són, conceptualment, eminentment minoristes, ja sigui la situació analitzada anterior o posterior a la transposició de la normativa MiFID) afirmen sense fissures en l'essencial, malgrat discursos ben diversos i amb un grau d'espontaneïtat i convicció grans, que ells en cap moment han sol·licitat o encarregat la compra de res que no els hagi estat prèviament recomanat pel consultor o assessor personal assignat. Que no han comprat, sinó que se'ls ha venut.

Que ni tan sols sabien abans de l'existència del producte en sí. O de l'emissor. O d'ambdues realitats. Mentre que el banc sempre nega haver assessorat ni recomanat res, escudant-se sempre en una constant absència de documents que permet afirmar que la seva ha estat una funció merament intermediària i comercial, sense cap tasca assessora més enllà de l'estricta i genèrica explicació del producte pròpia d'una relació comercial. Emparant-se en una peculiar interpretació de la legalitat bancària, segons la qual allò que no està "tipificat" a la LMV i reglaments complementaris com a operació típica duta a terme en la forma estrictament requerida en cada moment és una activitat impossible jurídica i pràcticament, quelcom que no existeix ni pot succeir en el pla de la realitat, de manera que entenen els bancs i entitats financeres que no han recomanat res (perquè ara la recomanació sempre és escrita i abans aquest requisit no existia, per tant no es "recomanava") o no han "assessorat" (simplement perquè no s'ha signat el típic contracte d'assessorament i solament s'ha signat un contracte de dipòsit de valors).

Disparitat de versions que no és, com aparenta o hom pretén, insoluble. Perquè el mateix perfil dels clients (caracteritzat per

la manca de coneixement del funcionament real i detallat de cap d'aquests productes, a poc que se'ls preguntí) fa aflorar una activitat, seva i de les entitats financeres, atípica, si es vol, en termes d'estricta legalitat pre-MiFID, però més o menys uniforme que consolida un seguit de veritables actes propis de la mateixa entitat (encarnats per aquests antecedents de negocis inversors, precisament, que configuren un més o menys ampli historial de nombroses "entrades i sortides" que el client representa que ha ordenat de motu proprio al llarg d'un determinat temps com si es tractés d'un expert inversor o broker per compte propi, que no és) que el que ha anat deixant és precisament un rastre evident de que la seva activitat no s'ha limitat a mitjançar, a recollir i gestionar una ordre o un seguit invertebrat d'ordres de compra o de venda que no fan sinó evidenciar que la pretesa acció del client ha estat pràcticament teledirigida pel seu consultor o assessor assignat".

En el cas que ens ocupa, similarment, tot i reconèixer a la mateixa contestació que el perfil de l'actora és el propi de minoristes no qualificats i que confonen bo estructurat i simple (f. 396), treu a col·lació que abans havien tingut un fons de gestió de cartera amb productes de més alt risc (f. 382 i ss.) per justificar que sabien el que compraven.

Documentació aquesta que, un cop reexaminada, no ens fa canviar de criteri quant a que estem davant de persones que han estat conduïdes -en el passat recent, on tota gosadia semblava premiada, amb èxit, en aquesta ocasió, sense- si no manipulades pels assessors del banc.

Setè. El primer motiu de recurs de la part demandada (ara Ipme 2012 SA) insisteix en la caducitat de l'acció. La tesi del recurrent és que la sentència ha admès la nul·litat per error sense tenir en compte que quan s'exercita l'acció haurien transcorregut més de quatre anys des de la consumació del contracte, que la part demandada considera una simple intermediació de venda.

No es pot acollir.

Com hem vist més amunt, el contracte establert entre les parts fou una venda assessorada.

Aquesta secció ja ha establert amb caràcter general (rotlles 448/2014 i 619/2014) que en negocis semblants a aquest, es tracti d'oferta i venda de bons de participacions preferents o de renda subordinada emesa per entitats formalment alienes però participades o econòmicament afins, deixant a banda que el termini de l'art. 1301 CC fou considerat de prescripció i no pas de caducitat per moltes sentències del TS, fins 1997, i que altres posteriors parlen de caducitat, això no és rellevant atès que no hi ha consumació del contracte perquè no estem davant d'un contracte de tracte únic sinó de tracte successiu (sent. AP Barcelona -4a- de 25-4-2014).

La confirmació no cap perquè la causa de nul·litat no ha cessat (art. 1311 CC), no s'ha descobert fins mitjan força després i mai s'ha obrant en contra de mantenir la tesi de la nul·litat. En

qualsevol cas el termini s'hauria de comptar (art. 1969 CC) des de que es van saber els vicis. Abans de 2011 la majoria de preferentistes desconeixien que havien invertit de forma perpètua perquè quan volien recuperar la inversió els títols es revenien fàcil i ràpidament. Com la majoria de compradors de bons tòxics poca cosa han sabut de la seva natura i efectes fins que han tingut problemes.

Cert que una cosa és la venda i l'altre l'emissió. Des d'aquest punt de vista, cal recordar que en cap cas la part actora està impugnant l'emissió. El que no treu que estiguem davant no d'una simple venda de cosa concreta, sinó d'una operació d'inversió que consisteix, previ l'assessorament o publicitació del producte a iniciativa del banc, en l'adquisició d'aquest com a bé fructífer (títol-valor) per tal d'assolir la rendibilitat esperada en les condicions ofertades i la recuperació eventual del capital (necessària en darrera instància per ser una veritable inversió i no reduir-se el lliurament del capital a una donació o una aposta) a través del rescat, la devolució al venciment o l'alienació en mercat (secundari), segons la llei de l'emissió i circulació del títol. Un negoci, per tant, que durant un determinat període (aquí 5 o 11 anys) desplega obligacions per a la part venedora (ahora emissora, participant de l'emissora o afí a aquesta) de pagar els interessos pactats en els termes pactats. De manera que fins al venciment, la fallida o el compliment de la condició que faci impossible seguir amb aquesta prestació, no hi pot haver consumació del negoci inversor en sentit propi.

Per tant, tampoc hi hauria mai caducitat de l'acció, atès que es van complir les obligacions per part de l'ara demandada fins fa menys de quatre anys al moment de la interposició de la demanda.

Tot el que ens ha de dur a desestimar íntegrament el recurs i a confirmar la sentència pels seus mateixos fonaments i quants aquí s'exposen.

Simplement afegirem a la sentència d'instància la precisió de l'obligació que té la part actora de retornar a la demandada els títols dels que estigui en possessió, o les accions en que s'hagin convertit.

Vuitè. Les costes de l'alçada s'imposen a la part demandada que ha de veure desestimat el seu recurs i alhora confirmada plenament la sentència d'instància (art. 398 LEC).

Decisió

Desestimem íntegrament el recurs interposat per la representació de la part demandada contra la sentència dictada el 28 de febrer de 2014 pel Jutjat de Primera Instància núm. 6 de Granollers a les actuacions de procediment ordinari núm. (Rotlle núm.) que **confirmem íntegrament**, amb imposició de les costes de l'alçada a la part recurrent.

La desestimació total del recurs determina per al recurrent la pèrdua del dipòsit constituït per recórrer.

Així, per aquesta Sentència, ho pronuncia, mana i signa aquest Tribunal.

PUBLICACIÓ.- Aquesta Sentència ha estat llegida i publicada el mateix dia de la seva data pel/per la Magistrat/ada Ponent, i s'ha celebrat audiència pública. EN DONO FE.