

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA  
SECCIÓN CUARTA**

Rollo núm.

Procedimiento Ordinario núm.

Juzgado Primera Instancia núm. 6 de L'Hospitalet de Llobregat

**SENTENCIA núm. 475/2015**

**Ilustrísimos Señores Magistrados:**

D<sup>a</sup>. MERCEDES HERNÁNDEZ RUIZ-OLALDE

D<sup>a</sup>. MARTA DOLORES DEL VALLE GARCÍA

D. JORDI LLUÍS FORGAS i FOLCH

En la ciudad de Barcelona, a veintiocho de octubre de dos mil quince.

VISTOS en grado de apelación por la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de Procedimiento Ordinario tramitado con el número arriba expresado por el Juzgado Primera Instancia núm. 6 de L'Hospitalet de Llobregat, en virtud de demanda formulada por :

.y y  
contra BANKPIME SA (ACTUALMENTE IPME 2012 SA)  
pendientes en esta instancia la haber apelado la referida parte demandada la sentencia que dictó el referido Juzgado el día 31 de julio de 2014.

Han comparecido en esta alzada como parte apelante BANKPIME SA (ACTUALMENTE IPME 2012 SA) representada por la procuradora de los tribunales Sra. Esther Ribote Cantos y defendida por el letrado Sr. :

y la parte demandante como apelada representada por el procurador de los tribunales Sr Pedro Moratal Sendra y asistida por al letrado Sr. Óscar Serrano Castells.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. La parte dispositiva de la resolución apelada es del tenor siguiente: <<Estimo la demanda interpuesta por ... y  
y contra  
BANKPIME SA (ACTUALMENTE IPME 2012 SA) y declaro la nulidad de los contratos celebrados entre las partes a través de la orden de compra de fecha

*28 de abril de 2006 respecto de los títulos emitidos por la entidad Kaupthing Bank y de la orden de compra de Fergo Aisa adquiridos el 14 de agosto de 2006, debiendo en su consecuencia restituirse las partes las cantidades percibidas recíprocamente en virtud de los mismos, a cuyo efecto la entidad bancaria habrá de devolver, en cuanto a las participaciones del referido banco la cantidad de 30.168 euros así como las cantidades cobradas en concepto de gastos de custodia a determinar en ejecución de sentencia, con abono de los intereses legales correspondientes a tales cantidades desde la interposición de la demanda, al no constar reclamación extrajudicial. Debiendo devolver la parte actora a la demanda la cantidad de 4.687 euros y sus intereses y en cuanto a la orden de compra de bonos de Fergo Aisa adquiridos el 14 de agosto de 2006 la cantidad de 50.000 euros así como las cantidades cobradas en concepto de custodia a determinar en ejecución de sentencia con abono de los intereses legales correspondientes a tales cantidades desde la interposición de la demanda al no constar reclamación extrajudicial debiendo la parte actora devolver a la demandada la suma de 5.298,22 euros con sus intereses todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada>>.*

SEGUNDO. Contra la anterior resolución interpusieron recurso de apelación el referido litigante. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día trece de octubre pasado.

Actúa como ponente el magistrado Ilmo. Sr. D. Jordi-Lluís Forgas i Folch.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1.1.- La sentencia de la primera instancia, que ahora recurre la parte demandada, BANKPIME SA (actualmente IPME 2012 SA), declaró la nulidad de los contratos celebrados entre la parte demandada y los actores,

y  
y  
a través de la orden de compra de fecha 28 de abril de 2006 respecto de los títulos emitidos por la entidad islandesa Kaupthing Bank así como de la orden de compra de Fergo Aisa adquiridos el 14 de agosto de 2006, debiendo en su consecuencia restituirse las partes las cantidades percibidas recíprocamente en virtud de los mismos, en cuanto a las participaciones preferentes del referido Banco islandés la cantidad de 30.168 euros y, en cuanto a la orden de compra de bonos de la sociedad Fergo Aisa adquiridos el día 14 de agosto de 2006, la cantidad de 50.000 euros así como las cantidades cobradas en concepto de gastos de custodia e intereses legales correspondientes a tales cantidades desde la interposición de la demanda, con devolución por los actores de los importes percibidos como consecuencia de tales operaciones.

1.2.- Los motivos sobre los que la parte demandada sustenta su recurso de apelación son los siguientes, según la propia dicción del escrito de apelación: (i) confusión de acciones y de productos; (ii) en cuanto a la naturaleza del contrato y las obligaciones de la demandada; (iii) sobre el perfil

del cliente y la información suministrada y (iv) caducidad de la acción entablada.

1.3.- Analizando en primer lugar el último de los motivos esgrimidos por la entidad financiera debemos señalar que la sentencia del Pleno del TS de 12 de enero de 2015 ha señalado que: *<<La fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113). En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento. Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error>>.* Dado que, en las presentes actuaciones, no ha transcurrido el plazo fijado en el art. 1301 del CC desde el día a quo fijados en esta sentencia, debe desestimarse la alegación de caducidad aducida.

1.4.1.- En la sentencia del Pleno del TS, de 22 de abril de 2015, se indica que el sector bancario se caracteriza *<<porque la contratación con consumidores se realiza mediante cláusulas predispuestas e impuestas por la entidad bancaria, y por tanto, no negociadas individualmente con el consumidor, lo que determina la procedencia del control de abusividad previsto en la Directiva 1993/13/CEE y en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, salvo que se pruebe el supuesto excepcional de que el contrato ha sido negociado y el consumidor ha obtenido contrapartidas apreciables a la inserción de cláusulas beneficiosas para el predisponente>>.* Enlazando lo anterior con el contenido de los demás motivos de apelación debemos recordar que en el escrito de demanda se alegó que se ejercitaba una acción de nulidad de las referidas órdenes de compras suscritas por la inexistencia de consentimiento debido al error padecido por infracción de normas imperativas y prohibitivas sobre información previa y coetánea a la adquisición de esa clase de productos bancarios.

Debemos recordar que las acciones son títulos valores al igual que los bonos, la diferencia entre una acción y un bono u obligación radica en que la

acción otorga la propiedad de los activos en la proporción que supone el valor nominal de dicha acción respecto del capital social total, en tanto que el bono u obligación solamente confiere un derecho de crédito sobre la deuda de la empresa que lo emite. El titular de bonos u obligaciones de una empresa es un acreedor de la misma, y tiene derecho, cuando vence el plazo pactado, a la devolución de la cantidad desembolsada más los intereses devengados. Los bonos u obligaciones se consideran inversiones en renta fija. Pero esto último no implica que no puedan tildarse de producto financiero complejo. Así, en cuanto a los bonos suscritos debemos señalar que la CNMV en la Guía sobre catalogación de los Instrumentos Financieros como Complejos o no Complejos (2010) indicó que los bonos u otro tipo de deuda que incorporan una opción de amortización anticipada para el emisor, el tenedor o para ambos, no pueden catalogarse como no complejos y, asimismo, como no complejo la misma guía tildaba a aquellos bonos que incorporen un derivado implícito o que incorporen estructuras que dificulten al inversor comprender el riesgo asociado al producto. En el caso la parte demandada, ante las imputaciones de la parte actora, no logró desvirtuar que los productos adquiridos por la parte actora se hallaban dentro de esa categoría de producto financiero complejo ya que cumplían con las características señaladas en la Guía de la CNMV.

1.4.2.- Se debe recordar asimismo que:

(i) BANKPIME SA (actualmente IPME 2012 SA) sí prestó un auténtico servicio de asesoramiento en materia de inversión, según los criterios que prevé el artículo 52 de la Directiva 2006/73 que aclara la definición de tal tipo de servicios contenida en el artículo 4.4 de la Directiva MiFID. La STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 SL (C-604/2011), calificó como asesoramiento en materia de inversión toda recomendación de suscribir (en aquel caso, un swap) realizada por la entidad financiera *<<que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público>>* (en el mismo sentido, las SSTS de 7 y 8 de julio de 2014).

(ii) Como señaló la STS de 9 de septiembre de 2014 *<<Aparte de la obligada sujeción a las reglas comunes de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación y, en su caso, a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, para su comercialización, debe observarse, pues, no únicamente la normativa bancaria sino también y, en concreto en materia de información, la Ley del Mercado de Valores y las disposiciones que la desarrollan>>*.

1.4.3.- Cuando se concertaron los productos aquí discutidos no se habían promulgado la Ley 47/2007, diciembre, que modificó la Ley 24/1988, de 28 de 19 de julio, del Mercado de Valores (en lo sucesivo, LMV) y traspuso al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, (la denominada normativa MiFID) relativa a los mercados de instrumentos financieros, así como el Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión.

Ello no obstante, ya el art. 4 RD 629/1993, de 3 de mayo, prescribía que las órdenes de los clientes sobre valores debían ser claras y precisas en su alcance y sentido, de forma que tanto el ordenante como el receptor conozcan con exactitud sus efectos. En nuestro caso, se discute si existió algún defecto de

información que viciara el consentimiento prestado por las adquirentes.

1.4.4.- La STS de 20 de enero de 2014 señala que los deberes legales de información referidos *<<responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos ( The Principles of European Contract Law -PECL- cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica "Good faith and Fair dealing" ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: "Each party must act in accordance with good faith and fair dealing" ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran (...) los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar>>*.

Pues bien, en el caso, la parte apelante alega que resulta incompatible interesar la nulidad de la compra títulos y la venta de los mismos por otra, ya que la parte demandante no puede pretender la restitución de aquello que voluntariamente ha transmitido. Sin embargo, la parte demandante no transmitió voluntariamente los títulos ya que, de sobras es sabido, aquella (y otros muchísimos clientes de la entidad) se vio compelida a ello ante la deficiente gestión de la demandada. No tratándose de una venta o transmisión de las obligaciones de carácter voluntario, la alegación de la recurrente debe desestimarse como también lo debe ser la alegación de la apelante de que la transmisión de los títulos significa la plena confirmación del acto cuya nulidad se postula pues como señala la STS de 12 de enero de 2015 en supuesto análogo, la confirmación del contrato no puede ser estimada porque no concurren los requisitos exigidos en el art. 1.311 del CC para que pueda considerarse tácitamente confirmado el negocio anulable. La confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración. Ni el percibo de los réditos por parte de los actores ni la transmisión al FGD por la resolución del FROB expresan una firme voluntad de convalidar el contrato en los términos en los que se expresa el Código Civil.

2.1.- Por lo que hace a los otros motivos que fundamentan el recurso, la sentencia del Pleno del TS de 20 de enero de 2014, aclara que lo que, en realidad, vicia el consentimiento no es, propiamente, el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar sino la falta de conocimiento por el cliente (como aquí, minorista) del producto contratado y de sus riesgos (en el caso analizado, también un producto financiero complejo), y concluyó que cabrá presumir el error (esencial y excusable) ante la omisión de la imprescindible información previa.

Doctrina reiterada en la STS de 8 de julio de 2014, según la cual *<<el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente*

*en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente>>.*

Y añade dicha STS que la complejidad de este tipo de productos justifica la especial protección conferida al inversor minorista -como, indiscutidamente, es el caso- en su asimétrica relación con el proveedor de los servicios; necesidad de protección que se acentúa porque, al comercializarlos, las entidades financieras "prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros", en la medida en que, auxiliándole en la interpretación de dicha información, le ayudan a tomar la decisión de contratar (en el mismo sentido, SSTs de 8 de julio y 8 de septiembre de 2014).

2.2.- En el caso se facilitó una información inexacta, incompleta o poco clara o sin la antelación suficiente, lo que determinó el error en la contraparte que ha de considerarse excusable ya que dicha parte es la que merece la protección del ordenamiento jurídico. No hay constancia alguna de que el perfil de los actores fuera el de inversores expertos de ahí que los productos ofertados se revelen como totalmente no idóneos para los demandantes. Tampoco hay constancia que se les exhibiera algún tipo de documentación precontractual adecuada. Efectivamente, en la orden de compra tan solo se informa de la clase de operación que se realiza, la suscripción, del valor que se adquiere y del número de títulos. Nada se advirtió acerca de las características propias así como de las obligaciones asumidas ni, obviamente, dada la parquedad del documento (AISA 08/11 5% BO y KAUPHIHNG BANK 6,25%, añadiéndose sólo que ésta era una operación a vencimiento 29 de junio de 2049), de una descripción comprensiva de los riesgos de la inversión, ni se ha acreditado, en fin, que, en el momento del otorgamiento, se entregara el folleto de la emisión. En cuanto al perfil de los ordenantes se debemos concluir a la luz de la prueba practicada, correctamente valorada por la Sra. Magistrada Juez en su sentencia, que se trataba de perfil netamente conservador ("prudent") y que además se invirtió, por la demandante, por consejo directo de los empleados de la demandada, esto es, sin la autonomía propia de un inversor experto. En este sentido, debe recordarse además que la prueba de la información prestada recae sobre la parte, en este caso la demandada, que la afirma.

Ante las alegaciones de la parte demandante, se debe recordar al respecto lo que señala la referida STS de 12 de enero de 2015 <<*Tampoco son relevantes las menciones predisuestas contenidas en el contrato firmado por la Sra. XX en el sentido de que "he sido informado de las características de la Unidad de Cuenta" y "declaro tener los conocimientos necesarios para comprender las características del producto". Se trata de menciones predisuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predisuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, como ya dijimos en la sentencia núm. 244/2013, de 18 abril. La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predisuestas por quien está*

*obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente>>.*

Por otro lado, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13, en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista y respecto a la información precontractual -que la referida STJUE declara que las obligaciones en materia de información impuestas por la normativa con carácter precontractual, no pueden ser cumplidas debidamente en el momento de la conclusión del contrato, sino que deben serlo en tiempo oportuno, mediante la comunicación al consumidor, antes de la firma de ese contrato, de las explicaciones exigidas por la normativa aplicable- no consta que fueran facilitadas a los demandantes con la suficiente antelación, al hacerle la presentación del producto.

En este sentido, la ya referida sentencia del pleno del TS de 12 de enero de 2015 indica que *<<La consecuencia de lo anterior es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente. No se cumple este requisito cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto (y en este caso hubo asesoramiento, en tanto que la cliente recibió recomendaciones personalizadas), y solo se facilita en el momento mismo de firma del documento contractual, inserta dentro de una reglamentación contractual que por lo general es extensa>>.* De ahí que deba confirmarse el pronunciamiento de nulidad de las órdenes de compra denunciadas dada la existencia de error vicio en el consentimiento prestado por los actores y acoger los acertados y precisos argumentos y datos fácticos de la sentencia de la primera instancia sobre aquél, por lo que procede confirmar el pronunciamiento apelado y desestimar el recurso promovido por la parte demandada.

3.- Habiéndose desestimado el recurso las costas de esta instancia procede la imposición de costas a la parte apelante (art. 398 LEC).

### FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por BANKPIME SA (en la actualidad, IPME 2012 SA) contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 6 de L'Hospitalet de Llobregat dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se confirma, con imposición de las costas devengadas en esta segunda instancia a la parte recurrente.

Contra la presente resolución las partes legitimadas podrán interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este

tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** En este día, y una vez firmada por todos Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.-