

Juzgado de Primera Instancia núm. 4
L'Hospitalet de Llobregat
Procedimiento: Juicio Ordinario nº 1614/13. Sección G.

SENTENCIA Nº 288/14

En L'Hospitalet de Llobregat, a diez de noviembre de dos mil catorce.
Vistos por la Ilma. Sra. Dña. SUSANA CASAÑ NAVARRO, Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de L'Hospitalet de Llobregat, los autos de Juicio Ordinario nº 1614/13 promovido por el procurador Sr. ..., en nombre y representación de D. ... Y DÑA.
..., dirigidos por el letrado Sr. ..., frente a IPME 2012, S.A., representado por el procurador Sra. ... y dirigido por el letrado Sr. ... y frente a CAIXA BANK S.A., representado por el procurador Sr. ... y dirigido por el letrado Sr....

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el procurador Sr. ..., en la representación indicada, se presentó demanda que correspondió a este juzgado, y con base a los hechos y derechos que alega, suplica se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de la orden de compra de fecha 10/10/2006 de 20 bonos de Fergo Aisa por un valor nominal de 20.000 €; condenando a la demandada a devolver a los actores la cantidad de 20.080'20 € más los gastos de custodia directamente vinculados a estos valores, a concretar en ejecución de sentencia, mas los intereses legales sobre estos importes hasta su efectivo pago, compensando todo ello con los importes recibidos por la parte actora en concepto de intereses.

Subsidiariamente, se declare el incumplimiento de Bankpime ahora Ipme 2012 SA de sus obligaciones del pacto de recompra de valores, así como de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información en la venta de los citados productos y se declare la resolución del contrato de adquisición de fecha 10/10/2006 de 20 bonos de Fergo Aisa y se condene a la demandada al pago de 20.080'20 € mas los gastos de custodia directamente vinculados a estos valores, a concretar en ejecución de sentencia, mas los intereses legales sobre estos importes hasta su efectivo pago, compensando todo ello con los importes recibidos por la parte actora en concepto de intereses.

Todo ello con imposición de costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- Se admitió a trámite la demanda y se emplazó a los demandados que comparecieron representados por el procurador Sra ... y Sr. ..., respectivamente. Por los citados procuradores, en las representaciones indicadas, se presentaron sendos escritos de contestación a la demanda, y, en base a los hechos y derechos que alegan, suplica se dicte sentencia por la que se desestime la demanda con expresa condena en costas al actor.

TERCERO.- Se celebró la preceptiva audiencia previa con la comparecencia de ambas partes y con el resultado que obra en autos, tanto la actora como la demandada se ratificaron en sus pretensiones y, solicitaron el recibimiento del pleito a prueba. Se recibió el pleito a prueba y cada una de las partes propuso las que estimó oportunas, admitiéndose las que constan debidamente documentadas en el acta y en la grabación. Se convocó a las partes a juicio para la práctica de la prueba admitida y conclusiones.

CUARTO.- Llegado el día del juicio comparecieron ambas partes, llevándose a efecto la prueba propuesta y admitida, con el resultado que es de ver en la grabación del sonido e imagen unida a autos y que se da aquí por reproducido, declarándose los autos conclusos para sentencia, previa exposición de conclusiones por la parte actora y por la parte demandada.

QUINTO.- Esta resolución se dicta dentro del plazo previsto en el art. 434 LEC.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por la parte actora se ejercita, con carácter principal, acción de nulidad respecto de los siguientes contratos: orden de compra a Bankpime ahora Ipme 2012 SA. de fecha 10/10/2006 de 20 bonos de Fergo Aisa por un valor nominal de 20.000 €.

La parte codemandada Ipme 2012 SA se opone alegando en el siguiente orden: que su negocio bancario fue transmitido a CaixaBank, que Fos actores percibieron 2.119'29 € de rendimientos, caducidad de la acción, que los actores fueron debidamente informados y tenían conocimientos financieros y que las cláusulas del contrato suscrito son claras para comprender la mecánica de los productos financieros, que los riesgos del contrato constan debidamente especificados en las cláusulas, por lo que no hay error en el consentimiento. Así mismo alega que no era de aplicación la normativa Mifid, que no había contrato para prestar un servicio de asesoramiento y que la entidad financiera no incumplió ninguna obligación. También alega que hubo ratificación de la adquisición de esos productos al haber percibido los rendimientos.

SEGUNDO.- La parte demandada alega caducidad de la acción de nulidad por haber transcurrido hasta el momento de interposición de la demanda el plazo de caducidad de cuatro años.

Sobre este punto merece destacar la SAP de Barcelona (secc. 4ª) de 25/4/14, que expresa: "En definitiva, como acabamos de ver, la acción de anulabilidad no estaba prescrita (o caducada).

Esta misma Sección se ha pronunciado recientemente en el rollo 914-2012: "SEGUNDO.- La Sentencia apelada concluye que la acción ejercitada es la de anulabilidad de los artículos 1.300 y siguientes del Código Civil, que dicha acción está sometida al plazo de caducidad de cuatro años contemplado en el artículo 1.301, que el "dies a quo" para el cómputo del plazo es el de la consumación del contrato, que la consumación se produce cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes, y que, en este caso, la consumación del contrato tuvo lugar el día 14 de julio de 2006, una vez que la compradora pagó el precio de las participaciones adquiridas y las comisiones pactadas, y el Banco puso a disposición de la compradora tales participaciones, por lo que al haber presentado la demanda el día 16 de noviembre de 2010, precede estimar la alegación de caducidad hecha por la demanda y declarar caducada la acción ejercitada por la demandante en este procedimiento.

El artículo 1.301 del Código Civil establece que la acción de nulidad durará cuatro años y que el tiempo comienza a contar desde la consumación del contrato en el caso de error en el consentimiento.

En este sentido, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha indicado que la acción de nulidad por vicios del consentimiento del artículo 1.301 del Código Civil está sujeta a un plazo de ejercicio de caducidad y no de prescripción (sentencias del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2006, 23 de septiembre de 2010 y 13 de junio de 2012) por lo que el plazo de cuatro años no quedó interrumpido por la presentación de las diligencias preliminares en el mes de febrero de 2010.

Ahora bien, el Tribunal Supremo también se ha encargado de precisar, así en sentencias de 5 de Mayo de 1983, 11 de Julio de 1984, 27 de Marzo de 1989 y 11 de Junio de 2003, que el momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato; sino que sólo tiene lugar cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes.

La cuestión queda entonces centrada en el "dies a quo" para el cómputo del plazo prevenido en el artículo 1.301 del Código Civil.

En el caso que nos ocupa, adquisición de participaciones preferentes de LANDSBANKI ISLANDS (y adquisición de participaciones preferentes de LANDESBANK HELABA) existen dos criterios entre las distintas Audiencias Provinciales según se considere que nos hallamos ante un contrato de tracto único o de tracto sucesivo.

Así, algunas secciones de Audiencias Provinciales consideran que se trata de un contrato de tracto único, por lo que la acción ejercitada queda consumada en el momento de la adquisición de las participaciones preferentes.

Consideran que no puede hablarse de un contrato de tracto sucesivo, por cuanto en este tipo de operaciones, el Banco recibe la orden de compra del cliente, y se limita a adquirir para el cliente las participaciones que emite un tercero (en este caso, el Banco islandés LANDSBANKI o el banco

alemán), por lo que el contrato se consume cuando el cliente entrega el dinero al comisionista para la compra de las acciones y le paga la comisión pactada, y éste adquiere las participaciones.

Consideran que el depósito de las participaciones y la apertura o conservación de la cuenta en que se ingresan las liquidaciones periódicas que realiza el banco emisor no constituyen prestaciones derivadas del contrato de comisión, sino que dicen que se trata de prestaciones derivadas de los servicios bancarios que prestan la entidad al cliente para la administración de sus activos.

Razonan que únicamente pervive para el Banco una obligación de carácter residual, como es la de mantener abierta una cuenta de titularidad de la demandante, donde ingresar los rendimientos de las participaciones y, en su caso, ser depositaria de las mismas, mediante el mantenimiento de la inscripción realizada en el momento de la compra.

Por ello, consideran que el plazo de cuatro años ha de computarse desde que se ejecutan las órdenes de compra y venta pues en ese momento se consume el encargo.

En este sentido, se pronuncian las sentencias de la A.P. de Asturias, sección séptima de Gijón, de fecha 29 de julio de 2013, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 25ª, de 24 de Mayo de 2013, y sección 11ª, de 1 de marzo de 2013, de la A.P. de Valencia, sección 9ª, de 3 de abril de 2013, y de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4ª, de 31 de enero del 2013.

Por el contrario, otro grupo de secciones considera que el contrato objeto de esta litis es un contrato de ejecución diferida en cuanto que el mismo implica el pago de prestaciones periódicas al contratante, en tanto en cuanto sea poseedor de las participaciones y, en consecuencia, el plazo de caducidad no puede ser aplicado, hasta el momento que aquellas dejan de tener virtualidad.

En este sentido, cabe citar las sentencias dictadas por la A.P. de Salamanca, sección primera, de fecha 19 de junio de 2013, por la A.P. de Córdoba, sección tercera, de fecha 12 de julio de 2013, por la A.P. de Granada, sección cuarta, de fecha 4 de octubre de 2013, por la A.P. de Teruel, sección primera, de fecha 3 de diciembre de 2013, y por la A.P. de Valladolid, sección tercera, de fecha 17 de febrero de 2014.

Esta sección, con las anteriores secciones citadas, considera que, en este caso, nos encontramos ante un contrato de inversión que no se consume en el momento de la orden de compra de los valores, pues tal inversión tiene un plazo perpetuo, a lo largo del cual la entidad demandada tiene que cumplir sus obligaciones informativas sobre su evolución y desarrollo, y se mantiene obligaciones y derechos de gestión (abono de cupones, custodia, etc.), como consta en los extractos aportados de los que se desprende que se ha venido cobrando comisiones en concepto de custodia y administración.

Por consiguiente, la Sala mantiene similar postura de la del Juez de Instancia, considerando que no se da la caducidad pretendida, pues es que además la demandada no puede calificarse de tercero distinto al emisor, cuando consta en documento acompañado como nº 1 de la contestación, que Caixa Catalunya Preferential Issuance Ld, emisora, era una filial al 100 % de la caixa de Catalunya, constituida el 21 de Junio de 1999, de acuerdo con las leyes de las islas Caimán, y su actividad principal era la de servir de vehículo de Financiación para el grupo Caixa de Catalunya, mediante la emisión en los mercados de capitales de valores similares a los que se describían en el Folleto y las participaciones contarían con la garantía solidaria e irrevocable de la demandada".

Ciertamente, resulta aplicable a la acción ejercitada en la demanda el plazo de caducidad de cuatro años que prevé el artículo 1301 del Código Civil, pues nos encontramos ante un supuesto de nulidad del contrato por vicio en el consentimiento. Sin embargo, en contra de lo que sostiene la demandada, dicho plazo no había transcurrido cuando se presentó la demanda. En efecto, tal y como se desprende del tenor del propio artículo 1.301 CC, el cómputo del plazo para la caducidad de la acción ejercitada para pedir la anulación del contrato por error, dolo o falsedad de la causa, no se inicia en el momento de la perfección, sino desde la consumación de contrato. La perfección y la consumación del contrato son conceptos diferentes: el contrato se perfecciona cuando se presta el consentimiento por ambas partes sobre la cosa y la causa que han de ser objeto del contrato, pero se consume cuando se da cumplimiento a las obligaciones contraídas (con la perfección del contrato surgen las obligaciones y con la consumación su cumplimiento). Lo importante a efectos de este

litigio es que el término inicial, el de la consumación del contrato según el citado art. 1301 CC, debe ponerse en relación con el hecho de que se está ante un contrato de tracto sucesivo, con vocación de permanencia y no sometido a plazo, en el que las prestaciones se suceden, de tal modo que no puede identificarse esa consumación con la fecha de celebración del contrato como pretende la demandada ni con la de la compra de las participaciones, sino cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes.

No debe olvidarse que los bonos tenían su vencimiento el 14/8/2011, por el cual debe concluirse, aplicando la doctrina jurisprudencial transcrita, que no ha transcurrido el plazo de caducidad del art. 1.301 CC, pues el contrato finalizó sus efectos jurídicos y económicos en esa fecha y, desde la misma no ha transcurrido el plazo de cuatro años.

TERCERO.- Antes de entrar en el examen del litigio es conveniente hacer algunas consideraciones sobre la clase de los productos que la parte demandante suscribió. En la orden de compra de los productos financieros cuya nulidad se insta, doc. n° 1 demanda, apodado su original en la audiencia previa, solo constan las siguientes menciones:

- Descripción del Valor: Aisa 08/11 5% BO
- Fecha de vencimiento: 14/08/2011
- Fecha valor: 12/10/2006
- T.A.E.:
- Cambio: 100'401
- Nominal: 20.000 eur
- Efectivo 20,080'20 Eur
- Clase de Operación: A VENCIMIENTO
- (Ver condiciones contractuales generales en el contrato de administración y depósito).
- En su reverso, consta CONTRATO DE COMPRAVENTA CON PACTO DE RECOMPRA DE ACTIVOS FINANCIEROS NEGOCIADOS EN MERCADOS ORGANIZADOS) y se detallan las condiciones generales para ello.

Merece destacar que en el encabezamiento de ese documento en su margen superior izquierdo figura Bankpyme en letras grandes y de color azul que contrastan con el tamaño más pequeño de la letra de las demás menciones, incluso cuando se describe el valor, éste aparece con letra gris y con el mismo tamaño de letra que el resto de las anotaciones.

Es de resaltar que ninguna de las demandadas ha aportado a los presentes autos el contrato de administración y depósito, a pesar de la facilidad y disponibilidad que ambas tenían (art. 217.7 LEC), y, habiendo sido requeridas en la audiencia previa para su aportación, al que se remite expresamente la orden de compra de los valores para la fijación de las condiciones contractuales generales (margen inferior izquierdo).

Los bonos son títulos representativos del préstamo -o empréstito- que concede el inversor al emisor, que justamente los emite con el fin de captar fondos directamente de los mercados financieros. Como en cualquier otro título de deuda, el emisor se obliga frente al tenedor -el bonista u obligacionista- a devolverle, al vencimiento, el capital principal con unos intereses o rendimientos, que puede ser un rendimiento fijo anual (como ocurre en el presente caso) o bien, un rendimiento cuya determinación se realiza por referencia al valor de un activo subyacente. Y el riesgo de dichos productos radica en una posible insolvencia del emisor de los bonos (que es lo que ha acontecido en el presente caso ante la declaración de concurso de la emisora de los bonos).

Ante tal situación la parte demandada alega que su alta rentabilidad era consecuencia del riesgo asumido. Ello no obstante, según resulta de la orden de compra el rendimiento ofrecido era del 5% cuando en ese mismo año, 2006, el interés legal del dinero era del 4%; por lo que no se estima que el producto contratado ofreciera una alta rentabilidad equiparable al riesgo asumido.

Por otro lado, no hay constancia en la orden de compra, ni en ningún otro documento, de ninguna advertencia del alto riesgo de no recuperación del capital invertido.

CUARTO.- La parte demandante pretende la nulidad de los contratos celebrados entre la parte actora y la demandada por cuanto considera que hubo error en el consentimiento de los

demandantes, esto es, que el consentimiento prestado por los mismos nació viciado por error, y frente a ello la demandada sostiene la ausencia de vicio de consentimiento alguno.

La nulidad que solicita la parte actora pretende basarse en el error contractual que se habría producido al suscribir las órdenes de compra de obligaciones de deuda subordinada y participaciones preferentes cuando lo que creían era haber contratado una imposición a plazo sin riesgo de pérdida de capital, error en la prestación del consentimiento derivado de la falta de información en que incurrieron al suscribir la compra.

Según el artículo 1.261 del Código Civil no hay contrato sino cuando concurren tres elementos, a saber, consentimiento, objeto cierto y causa. Respecto del consentimiento el art. 1.265 del CC, lo declara nulo si el mismo se presta entre otras causas, por error. Pero no todo error determina la nulidad contractual, así, para que el error invalide el consentimiento y dé lugar a la nulidad de un contrato, el art. 1.266 del mismo precepto legal especifica que ese error deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

Esta matización ha sido analizada por reiterada jurisprudencia, la cual condiciona la acción de nulidad basada en vicio del consentimiento por error en el objeto, a la concurrencia de determinados requisitos como son: a) que sea esencial y excusable, pues de no ser así habría que estar a la norma de que los efectos del error propio son imputables a quien los padece; b) que sea sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga; c) que no se haya podido evitar con una regular diligencia, y d) que quede suficientemente acreditado en las actuaciones como cuestión de hecho. Respecto de la exigencia de diligencia, resulta destacable que ya desde hace años existe jurisprudencia asentada que especifica que en términos generales la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad del error a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas: así es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto. La diligencia exigible es por el contrario, menor, cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto (STS de 4 de enero de 1982).

En el presente caso no se ha acreditado que los actores tuvieran especiales conocimientos financieros cuando adquirieron los bonos, teniendo en esa fecha 89 y 85 años, según es de ver de sus DNI adjuntados a la demanda. Tampoco se ha acreditado por la parte demandada que antes de adquirir esos bonos hubieran contratado otros productos de riesgo, pues la parte demandada, a pesar de la facilidad y disponibilidad probatoria no ha acreditado que los actores hubieran suscrito otros productos mas que una inversión en Immoeurope Sicav, de la que no consta la fecha de su contratación. Es más, del doc. nº 4 de la contestación de Ipme 2012 SA, resulta que, desde 1985 los únicos productos financieros contratados por los actores eran ahorro vista y plazos. Por ello la propia Ipme 2012 SA, en el hecho segundo de su contestación a la demanda reconoce que los actores tenían un perfil inversor de "cliente no cualificado" o cliente "minorista".

QUINTO.- Para resolver la controversia objeto de autos, esto es, si hubo o no error en la prestación del consentimiento, resulta trascendental determinar la información que se facilitó por la entidad demandada a los actores para poder analizar que instrumentos tuvieron a su alcance a la hora de plasmar su consentimiento ante lo que ya se ha dicho son productos complejos.

La entidad financiera alega que no estaba obligada a una especial información porque la relación contractual que tenía con los actores no incluía un servicio de aesoramiento, puesto que las partes sólo habían suscrito un contrato de depósito y administración de valores, (contrato que no ha sido aportado a autos por la parte demandada a pesar de haber sido requerida para ello, teniendo la facilidad y disponibilidad probatoria para ello). Sobre esta cuestión merece destacar la SAP de Barcelona de (secc. 1ª) de 28.1.14 "No cuesta por tanto afirmar que efectivamente el Banco ofreció a la ahora demandante un servicio de asesoramiento en materia de inversión, entendido éste como 'la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa

de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros" (art.63.1 g) Ley del Mercado de Valores).

Ciertamente, como ha tenido ocasión de advertir la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 13 de abril de 2013 (Recurso: 2353/2011), el asesoramiento en materia de inversión puede constituir un servicio debido por una de las partes de este tipo de relación, sea por propia iniciativa o a petición de la otra; pero, para que quepa hablar de una obligación de aconsejar o de efectuar recomendaciones personalizadas en esta materia, es preciso que dicha prestación se hubiera pactado, en alguna de las formas en que los contratantes pueden llegar al consentimiento, o que deba considerarse integrada en el contenido negocial por otra vía.

Y también es cierto que el contrato suscrito por los ahora litigantes es el aportado como comentario nº 8 a la contestación a la demanda titulado "CONTRACTE DE DIPÓSIT I ADMINISTRACIÓ DE VALORS.

Sin embargo, la firma de dicho contrato no obsta a que el Banco haya asumido frente a la cliente funciones de asesoramiento dado que al tratarse de un arrendamiento de servicios no existe obligación alguna de que el mismo conste por escrito, perfeccionándose por el mero consentimiento (art. 1258 CC); y de lo antes referido bien cabe concluir la asunción de tal obligación por la entidad ahora demandada.

Recuérdese ahora que en el contrato de gestión asesorada, como tuvo ocasión de precisar dicho tribunal en su sentencia de fecha 11 de julio de 1998 (recurso nº 1195/1994), la sociedad gestora propone al cliente inversor determinadas operaciones siendo éste quien decide su ejecución; y eso es precisamente lo que ha acontecido en la relación habida entre los ahora litigantes",

Aplicando las consideraciones expuestas a la presente litis, en las que no se ha aportado el contrato que unía a las partes y en la que los actores tenían 89 y 85 años en el momento de la compra de los bonos, cuesta creer que la iniciativa de su adquisición partiera de ellos, toda vez que el testigo Sr. ..., empleado de la demandada, manifestó que esos bonos eran comercializados y ofrecidos a los clientes por la entidad financiera. Por lo tanto, habrá que concluir que sí que hubo un asesoramiento a los actores en los términos reflejados en la sentencia relacionada.

Teniendo en cuenta la fecha de la compra de los bonos ahora litigiosos, 12/10/2006, habrá que determinar la normativa específica que regía la relación entre las partes y las obligaciones de la entidad financiera con sus clientes.

El art.79.1 .d) de la Ley 24/1985, de 28 de julio, de Mercado de Valores (en adelante LMV), en su redacción vigente hasta el 12 de agosto de 2007, establecía que "las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos; e) asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados".

A su vez, el RD 629/1993 de 3 de mayo, puntualiza que los deberes de información exigibles eran los siguientes: "El art. 4 prescribe que las órdenes de los clientes sobre valores sean claras y precisas en su alcance y sentido, de forma que tanto el ordenante como el receptor conozcan con exactitud sus efectos, precisando el art. 9 que "las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. Dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión". El art. 15 de este mismo reglamento regulaba la documentación que debía ser objeto de entrega, entre la que se encontraba el documento contractual y una copia de las comisiones y gastos repercutibles, así como las normas de valoración y de disposición de fondos y valores aplicables a la operación concertada. Además, el art. 16 regula la información a la clientela sobre las operaciones realizadas, cuyo apartado 1 dispone que "(l)as entidades facilitarán a sus clientes en cada liquidación que practiquen por sus operaciones o servicios relacionados con los mercados de valores un documento en que se expresen con claridad los tipos de interés y comisiones o gastos aplicados, con indicación concreta de su concepto, base de cálculo y período de devengo, los impuestos retenidos y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar la liquidación efectuada y calcular el coste o producto

neto efectivo de la operación".

Y el apartado 2, que "(l) as entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. En este sentido, dispondrán y difundirán los folletos de emisión, informarán sobre la ejecución total o parcial de órdenes, fechas de conversión, canjes, pagos de cupón y, en general, de todo aquello que pueda ser de utilidad a los clientes en función de la relación contractual establecida y del tipo de servicio prestado".

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993, regula con mayor detalle esta información a los clientes, y dispone que:

1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos.

2. Las entidades deberán disponer de los sistemas de información necesarios y actualizados con la periodicidad adecuada para proveerse de toda la información relevante al objeto de proporcionarla a sus clientes.

3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

4. Toda información que las entidades, sus empleados o representantes faciliten a sus clientes debe representar la opinión de la entidad sobre el asunto de referencia y estar basada en criterios objetivos, sin hacer uso de información privilegiada. A estos efectos, conservarán de forma sistematizada los estudios o análisis sobre la base de los cuales se han realizado las recomendaciones.

5. Las entidades deberán informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesario al interés del cliente. Sólo cuando por razones de rapidez ello no resulte posible, deberán proceder a tomar por sí mismas las medidas que, basadas en la prudencia, sean oportunas a los intereses de los clientes.

Bajo esta normativa aplicable, la entidad que comercializaba estos productos no estaba obligada a entregar el folleto informativo del producto financiero al cliente, como después se introdujo en el art. 79 bis con la Ley 47/200 pero eso no significa que no tuviera que facilitar información como ya se ha expuesto y así lo ha entendido el TS en Sentencia de 20/1/2014 **"ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto"**.

Los deberes legales de información, en nuestro caso los antes expuestos del RD 629/1993, **"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" (Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014).

De todo ello resulta la obligación de la demandada de tomar en consideración el perfil inversor de la parte actora y de ofrecer a ésta toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión.

SEXTO.- Sentado la anterior, procede analizar en primer lugar si las previsiones expuestas en el anterior fundamento se han cumplido o no en el caso objeto de autos.

No es discutido que los productos que contrató la parte actora son productos financieros complejos y, que los mismos son clientes no cualificados o clientes minoristas, tal y como reconoce la propia Ipme 2012 SA en el hecho segundo de sus contestación a la demanda. En el presente caso no se ha acreditado que los actores tuvieran especiales conocimientos financieros debiendo resaltarse que en la fecha de la contratación tenían 89 y 85 años, ni que hubiera contratado otros productos de riesgo, pues la parte demandada, a pesar de la facilidad y disponibilidad probatoria no ha acreditado que los actores hubieran suscrito otros productos mas que una inversión en Immoeurope Sicav, de la que no consta la fecha de su contratación. Es más, del doc. nº 4 de la contestación de Ipme 2012 SA, resulta que, desde 1985 los únicos productos financieros contratados por los actores eran ahorro vista y plazos. Los actores carecen y carecían en el momento de contratar los bonos de conocimiento financiero alguno y su perfil es un perfil conservador y ahorrador sin que conste que hayan realizado ninguna operación financiera especulativa o de riesgo más que las ahora controvertidas.

Este perfil minorista de la parte actora exige que por la entidad bancaria se le ofrezca una información adecuada a las características concretas de los contratantes y al tipo de negocio celebrado. Y la prueba obrante en autos permite concluir que la entidad demandada no ofreció a la parte actora una información clara, precisa y veraz que le permitiese conocer y comprender lo que estaba adquiriendo y firmando.

Resulta plenamente probado que no se tuvo en cuenta el perfil conservador de los actores y que no se les entregaron con carácter previo a las contrataciones folletos o documentos de cualquier clase en el que se explicasen de manera comprensible para una persona con estudios básicos y sin conocimientos financieros las características de los productos ofertados, pues la parte demandada, a pesar de la facilidad y disponibilidad probatoria no ha podido acreditar que se entregara a los actores el contrato de administración y depósito, al que se remite expresamente la orden de compra de los valores para la fijación de las condiciones contractuales generales (margen inferior izquierdo).

El testigo Sr. ..., empleado de la demandada pero que no recordaba haber vendido a los actores el producto financiero ahora litigioso, lo que tampoco reconoce la parte actora, declaró que "lo que se informaba era el nominal y si vencimiento y el folleto informativo se ponía a su disposición", sin que pudiera aseverar que se entregara el contrato de administración y depósito ya que no recordaba a los actores; también refirió que se informaba que "las obligaciones contractuales eran por parte del emisor" y que "la garantía la daba el emisor", que era una "emisión en mercado primario y luego en mercado secundario" y que se podía "usar la compra o la venta en mesa de dinero". Explicaciones y terminología que difícilmente pudieron comprender los actores dada su avanzada edad y su calificación como clientes no cualificados.

En ningún momento el testigo relató que diera explicaciones sobre la identidad y características del emisor, ni que se refiriera a su solvencia y/o a los posibles riesgos concretos de la inversión, ni de la posibilidad de la pérdida de la inversión.

Como el testigo no recordaba haber comercializado el producto financiero litigioso a los actores tampoco pudo explicar de quien partió la iniciativa de contratar esos productos.

También conviene resaltar, llegados a este punto, que en las contestaciones de la demanda, ambas demandadas, aseveran que los actores fueron debidamente informados del producto contratado, no pudiendo acertar a comprender esta juzgadora como pueden hacer estas afirmaciones si no ha comparecido en los autos ningún testigo, empleado de la entidad bancaria, que recordara haber vendido el producto a los demandantes y no hay ningún documento suscrito por los actores que demuestre que hubieran recibido esa información.

Tampoco ha quedado probado que antes de la contratación la demandada informase a la actora acerca de la naturaleza, derechos, obligaciones y consecuencias económicas de los productos contratados, ni que se dijera a los actores que podían perder el capital ni que esos productos no estaban garantizados por el Fondo de Garantía de depósitos. De este modo, está claro que la información que pudieron recibir los demandantes fue insuficiente por cuanto no se les transmitieron los riesgos de los productos sino sólo los beneficios, el testigo dijo que se informaba del nominal y vencimiento. Pues no hay que olvidar que incumbe al Banco acreditar en debida forma que prestó a la inversora el correcto asesoramiento e información acerca de los productos financieros que le aconsejaba adquirir, viniendo obligados los empleados de la demandada prestar tal servicio con la diligencia de un ordenado empresario y representante leal en defensa de sus clientes; sin que, por otro lado, resulte razonable interesar de la actora la prueba de un hecho negativo cual es la falta de tal información.

De todo ello se deduce que, con carácter previo a la comercialización la entidad bancaria no se cercioró del perfil inversor de los clientes (si lo hubiera hecho en la audiencia previa no hubiera solicitado la parte demandada las declaraciones fiscales de los actores, pues esa información y conocimientos obrarían en su poder) y, de la idoneidad de los productos financieros que les ofrecía, ni les dio información bastante de los productos que iban a adquirir, de sus ventajas y riesgos ni que eran productos no garantizados o con riesgo de pérdida total. Y estas omisiones contribuyeron a causar un error excusable en el consentimiento de los demandantes que invalida su consentimiento contractual.

En conclusión, la demandada no cumplió con su obligación de proporcionar toda la información necesaria para que los actores conocieran y comprendieran, especialmente antes de suscribir las órdenes de compra de los bonos, las características esenciales, la naturaleza y los riesgos de estos productos eminentemente complejos e inadecuados para clientes con un perfil conservador como el de los demandantes. Y el hecho de haber cobrado durante el tiempo de vigencia del contrato los rendimientos y de haber recibido información fiscal sobre los mismos no sana el contrato y no determina su validez y confirmación, ya que mientras el contrato funcionaba correctamente y conforme a lo pactado, la parte actora no era consciente del error cometido al contratar los mismos y de hecho no fue consciente del error hasta en fecha muy posterior.

SÉPTIMO.- Sentado lo anterior, y alegada por el actor como causa de nulidad del contrato el error en la prestación del consentimiento, la demanda debe ser estimada por cuanto concurren los requisitos para que el error invalide el consentimiento prestado; así es esencial en cuanto afecta a la obligación principal del contrato, al cálculo de su importe y al alto riesgo del mismo; sustancial en cuanto afecta a un elemento nuclear del contrato; así la documentación examinada no permitía conocer al demandante las notas de rentabilidad condicionada a los resultados económicos de la entidad emisora, liquidez sometida a las fluctuaciones del mercado interno en el que se podían comercializar, y la consiguiente seguridad del capital invertido, que anteriormente se han reseñado como esenciales del producto adquirido; especialmente no podía la parte actora conocer las características fundamentales de los productos que estaba adquiriendo a la vista de la información que recibió si se toman en consideración sus circunstancias personales, al tratarse de un cliente minorista, sin formación ni conocimientos económicos o financieros, lo que exigía un mayor esfuerzo por la entidad bancaria en cuanto a la prestación de información suficiente y adecuada a la capacidad de la actora para conocer las características del producto que iba a contratar, para así

entender cumplidos los ineludibles deberes de diligencia y transparencia en la gestión de los intereses de sus clientes, impuestos por los preceptos legales antes referidos.

Y es excusable en tanto que los actores contrataron movidos por las manifestaciones del personal de la entidad bancaria en los que tenían plena confianza al trabajar con la misma oficina desde hace años, cuyos conocimientos precisamente por su profesión se han de estimar superiores a los de los demandantes.

Tratándose además de un producto complejo y siendo los actores clientes minoristas se precisa un plus respecto a la información y dado que la información completa sobre el producto sólo la tenía la entidad bancaria que no la proporcionó a los actores, procede decretar la nulidad de las órdenes de compra de los bonos de referencia suscritas por los actores, al estimar que el consentimiento prestado por los demandantes en relación los contratos antes relacionadas estuvo viciado, que los actores incurrieron en un error sustancial y excusable pues creían estar contratando un depósito a plazo, y, consecuentemente, debe ser acogida la acción ejercitada. Procede, por tanto, declarar la nulidad de los contratos mencionados.

A la conclusión anterior no pueden ser óbice las alegaciones de la entidad demandada cuando aduce que se limitó a dar cumplimiento al mandato recibido pues es evidente que la iniciativa de la contratación partió de la entidad financiera, ni tampoco cabe hablar de confirmación del contrato por la percepción de liquidaciones positivas pues ello sólo evidencia el cobro de intereses pero no purifica el contrato en el sentido de los artículos 1.309 y siguientes del Código Civil.

OCTAVO.- Resta por analizar la falta de legitimación pasiva ad causam invocada por CaixaBank SA. Esta aduce que únicamente había adquirido determinados elementos del activo y pasivo que formaba el negocio bancario de Bankpime (ahora Ipme 2012 SA), sin concurrencia de un supuesto de sucesión universal y con constancia expresa en el contrato de adquisición de los mismos que quedaban excluidos los pasivos contingentes, tales como reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes o futuras que pudieren derivarse de la actividad de Bankpime, aduciendo además que ésta entidad mantenía su personalidad jurídica y que ninguna sucesión se había producido a propósito de eventuales reclamaciones por productos adquiridas a través de Bankpime.

Sobre esta cuestión la SAP de Castellón (secc 3ª) de 10/4/2014 se ha pronunciado a favor de la legitimación pasiva de CaixaBank, en un caso idéntico sí ahora controvertido, aduciendo que "como consecuencia de la adquisición del negocio bancario de Bankpime por parte de CaixaBank se produjo la cesión a ésta de los contratos a través de los que se desarrollaba aquel, con la consiguiente subrogación de ésta en la posición jurídica ocupada por aquella en los mismos, asumiendo por tanto los derechos y obligaciones de ellos derivados con exclusión de la cedente sin perjuicio de su responsabilidad frente a la cesionaria conforme lo expresamente pactado al respecto y en las cuestiones atinentes a la existencia, validez y eficacia de las correspondientes relaciones negociales.

Dicha cesión particular de los diversos contratos, conectada lógicamente con el objeto de adquisición, su configuración como unidad económica autónoma y ausencia de realización de la operación como una sucesión a título universal (pese a las alegaciones de adverso así resulta del diseño de la operación a la vista del documento privado de adquisición y diversas relaciones negociales conexas surgidas del mismo, sin que nada cambie por la autorización de la operación conferida conforme al art. 45 c) de la Ley de Ordenación Bancaria en tanto en cuanto parte de su inexistencia y dicho precepto no distingue al respecto) aparece prevista en la cláusula 2.1 del contrato de adquisición, con contemplación expresa de los negocios de custodia, intermediación de valores y gestión discrecional de carteras, y guarda plena concordancia con la comunicación remitida por Bankpime (doc.2 de ía demanda) haciendo constar el traspaso de la relación comercial en idénticas condiciones a CaixaBank de no verificarse manifestación expresa en contrario, equivalente desde luego al consentimiento que de forma expresa o tácita debe concurrir del contratante cedido para la eficacia de la cesión.

Consecuencia de ello es que, al dilucidarse en este pleito una responsabilidad surgida en el ámbito

de una intermediación de valores, complementaria además como no puede ser de otra forma a un negocio de depósito o custodia y administración de los mismos, la subrogación inherente a la cesión permite residenciar las obligaciones derivadas del mismo en la parte demandada y aquí apelante al ocupar la posición originaria de Bankpime a todos los efectos.

Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2013, la base del negocio de la cesión de contrato se proyecta sobre el propósito común de las partes de transmitir al cesionario el contenido contractual de la relación negocial del cedente a efectos de subrogarle en su misma posición contractual, de forma unitaria e íntegra, en el entramado de derechos y obligaciones dimanantes del contrato cedido. De ahí que quede desligado el cedente del contrato (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2004) y agotada la situación negocial existente entre cedente y cedido, con liberación del cedente de sus obligaciones que se traspasan al cesionario (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1997), siendo efecto característico de la cesión de contrato la asunción por el cesionario en virtud de la subrogación en la posición contractual de las obligaciones pendientes que incumbían al cedente (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2003").

Esta juzgadora asume los anteriores fundamentos jurídicos debiendo resaltarse que, a idéntica conclusión se llega tras el análisis del contrato de compraventa suscrito entre las partes por cuanto en la cláusula 1 relativa al objeto se especifica que comprende "el pasivo de los clientes (depósitos), débitos representados por valores negociables y...", es decir que se incluyen las operaciones de pasivo, como es ahora la litigiosa. Además, en la cláusula 2.2.2 se especifica que el vendedor transferirá la titularidad de las obligaciones de pago al comprador respecto de los depósitos de entidades financieras, la cédula hipotecaria y "otras pasivos financieros". Por último en la cláusula 4 relativa a los activos y pasivos no cedidos no se encuentran relacionados los que son ahora objeto de controversia. Por todo ello debe estimarse la legitimación pasiva de CaixaBank.

Por lo que respecta a la virtualidad de la cláusula en la que se pacta la exclusión de la cesión de los pasivos contingentes tales como reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes y futuras, dicho pacto no solo es nulo por contener una condición sujeta a un suceso incierto, ex art. 1113 CC, sino que además, es contradictoria con las demás cláusulas, no pudiendo resultar afectado el cliente de la entidad bancaria por los pactos y, cláusulas oscuras, de un contrato en el que no ha sido parte.

Todo lo cual conduce a la conclusión de la legitimación pasiva de CaixaBank en el presente procedimiento.

NOVENO.- Se ha declarado así probada la concurrencia de error excusable en la formación de la voluntad contractual de la parte actora al contratar las participaciones preferentes. Las consecuencias de la declaración de nulidad de los contratos por existencia de vicio en alguno de sus elementos, en este caso el consentimiento, determinan, atendiendo al art. 1.303 del CC, que los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses.

Es por ello obligación de la parte demandada de la devolución del precio recibido por la compra de los bonos, lo que asciende a 20.000 € más la comisión generada por ello, 80'20 €, más los gastos de custodia directamente vinculados a estos valores, más los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción de la orden de compra, cantidades que se minoraran con los intereses recibidos anualmente por los actores, más los intereses legales correspondientes, debiendo llevarse a cabo la determinación de la cantidad resultante en ejecución de sentencia.

DÉCIMO.- Las costas se imponen a la demandada al estimarse íntegramente la pretensión del actor, artículo 394.1 LEC y, no apreciarse dudas de hecho ni de derecho sobre la cuestión litigiosa.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación.

FALLO

Estimo la demanda presentada por el procurador Sr. ..., en nombre y representación de D. ... Y

DÑA. ... frente a IPME 2012, S.A. y frente a CAIXA BANK S.A., y, en su virtud, declaro la nulidad de la orden de compra de fecha 10/10/2006 de 20 bonos de Fergo Aisa por un valor nominal de 20.000 €; condenando a la demandada a devolver a los actores la cantidad de 20.000 €, más la comisión generada por ello, 80'20 €, más los gastos de custodia directamente vinculados a estos valores, más los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción de la orden de compra, cantidades que se minoraran con los intereses recibidos anualmente por los actores, más los intereses legales correspondientes, debiendo llevarse a cabo la determinación de la cantidad resultante en ejecución de sentencia. Todo ello con imposición de costas a la parte demandada.

Contra la presente resolución cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Barcelona, que se interpondrá por escrito ante este Juzgado en el término de veinte días.

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