

Juzgado Primera Instancia 29 Barcelona

Procedimiento ordinario

OBJETO DEL JUICIO: Civil

SENTENCIA

En la ciudad de Barcelona, a 10 de febrero de 2014.

Vistos por mí, Yolanda Sánchez Gucema, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 29 de los de esta ciudad, los autos de JUICIO ORDINARIO seguidos en este Juzgado y registrados bajo el número ... del año 2013, a instancia de D. ..., representados por el Procurador D. Pedro Moratal Sendra, asistido de su Abogado D. Oscar Serrano Castells, contra IPME 2012 SA, representada por el Procurador D. Leopoldo Rodés Menendez, y asistido por el Letrado D. ... y atendiendo a los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha de 29 de enero de 2013 tuvo entrada en este Juzgado demanda de juicio ordinario interpuesta por el Procurador D. Pedro Moratal Sendra, en nombre y representación de D. ... interpuso demanda de Juicio Ordinario contra IPME 2012 SA en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación solicitaba que se dictase sentencia por la que estimando íntegramente se declare el incumplimiento por parte de Bankpyme SA, actualmente IPME 2012 SA de sus obligaciones contractuales en cuanto al pacto de recompra de valores, así como sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta de instrumentos objeto de la presente demanda, en los términos recogidos en la misma y como consecuencia de ello se declare resuelto el contrato por el que se adquirieron los Bonos de Fergo Aisa de fecha de 14 de agosto de 2006 y se condene a IPME 2012 SA al pago en concepto de restitución del importe de 110.000 € más los gastos de custodia directamente vinculados a estos valores a concretar en ejecución de sentencia por ser devengo periódico, más los intereses legales que correspondan sobre estos importes desde el cargo en importes percibidos por la actora en concepto de cupón y que ha alcanzado el importe de 9.018 €; y subsidiariamente se declare la nulidad del contrato y se condene a IPME 2012 SA a restituir el importe de 110.000 € más los gastos de custodia directamente vinculados a estos valores a concretar en ejecución de sentencia por ser devengo periódico, más los intereses legales que correspondan sobre estos importes desde el cargo en importes percibidos por la actora en concepto de cupón y que ha alcanzado el importe de 9.018 €, con imposición de costas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada IPME 2012 SA quien compareció en tiempo y forma, presentando escrito de contestación a la demanda instando la desestimación íntegra de la misma, condenando a la demandante al pago de las costas causadas.

TERCERO.- Se procedió a la celebración de la Audiencia Previa y se inició la fase de proposición de prueba y admisión, previa declaración de pertinencia, con citación de las partes al acto de la

vista, en cuya celebración de vista se practicaron todos los medios de prueba propuestos y admitidos, cuyo resultado se da por reproducido.

Tras la práctica de las pruebas, las partes elevaron sus conclusiones, declarándose el juicio concluso para sentencia.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales, a excepción de los plazos procesales, debido a la carga competencial de este juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Estima la actora, como base de sus pretensiones:

El sr. ... presenta la demanda en su condición de titular de 110.000 € de 110 bonos Fergo Aisa en fecha de 14 de agosto de 2006, sin que se le entregara al actor copia de la orden de compra. El 1 de septiembre de 2011, Caixabank SA adquirió parte del negocio bancario y de gestión de fondos de IPME 2012 SA. Ante la contestación vía carta de Caixabank interpreta el actor que IPME 2012 SA está legitimado pasivamente.

El sr. ... cuenta en la actualidad con 65 años de edad, está jubilado y durante su vida profesional se ha dedicado a realizar proyectos de instalaciones de calderería, realizando estudios de formación profesional de delineación y sin estudios de formación financiera ni básica ni avanzada. Su adquisición en productos bancarios es ocasional, habiendo mostrado una clara preferencia y predisposición a contratar productos de posos riesgo y con la máxima garantía de capital, dejándose guiar siempre por el asesoramiento de profesionales. Su relación con IPME 2012 SA se inició en el año 2000. De esta manera el actor para la realización de un proyecto de construcción de dos viviendas y para poder obtener financiación contrató con IPME 2012, quien tras estudiar el proyecto dio el v^ob^o y aprobó la financiación. Una vez ya vendidas las viviendas, el actor ingresó el resultado en un depósito de la entidad. En agosto de 2009, el sr. ..., que se presentó como gerente de cuentas le presentó un nuevo producto, sin riesgo y con vencimiento a 5 años. El actor le dijo que su intención era conservar íntegramente el capital dado que se encontraba a las puertas de

cumplir los 60 años y el fin de su vida laboral. No se le entregó una orden de compra, ni un contrato, ni un folleto ni nota de CNMV donde se describa el producto. La orden de compra constituye sólo un precontrato o mandato, destacando la ausencia de contrato lo que implica que la financiera no informó adecuadamente. El empleado de la sucursal se refirió siempre a este producto como un depósito a 5 años.

En el reverso de la orden de compra se concreta una fecha de recompra de 14 de agosto de 2011, y a la fecha indicada de vencimiento no ha devuelto el precio de los valores o importe de la inversión realizada, con lo que existe un incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la demandada. La realidad ha sido muy distinta, por lo que lo vendido no era un depósito sino bonos simples que entrañan importantes riesgos. Y no sólo ha perdido el capital invertido sino que se ha dejado de abonar la remuneración pactada. Cabe recalcar la mala fe contractual de la entidad ante la falta de idoneidad del producto, que no se adecuaba a las necesidades financieras del cliente. Bankpime nació en el seno de Agrupació Mutua, y Fergo Aisa era una filial de esta última. A partir de mediados del año 2007 el deterioro de Fergo Aisa era tan evidente que Bankpime, si hubiere sido

un asesor diligente hubiere avisado a sus clientes acerca de la conveniencia de deshacer posiciones en los instrumentos de Fergo Aisa. Todo ello, hay que ponerlo en relación a la naturaleza del contrato.

Se opone, IPME 2012 SA exponiendo:

Toda la documentación, contrato, folleto..., estando toda la documentación en mano de Caixabank, como consecuencia de la venta del negocio bancario a la entidad.

En relación al perfil del sr. ..., consta en la base de datos de IPME 2012 SA de una serie de inversiones llevadas a cabo tanto de renta fija como de renta variable, con lo que la ausencia de formación sobre lo que es un bono simple es muy forzada. Los bonos adquiridos por el actor son bonos simples, con un tipo de interés fijo de 5% desde el 14 de agosto de 2006 hasta la fecha de amortización el 14 de agosto de 2011, fecha en la que se amortizará el 100% de su valor nominal. Se recogen en el folio 4 de la demanda los requisitos de esta emisión de bonos. La relación contractual establecida entre ambos lo es de depósito y de administración de valores; y si en el plazo de 15 días naturales desde su recepción no se recibiera reclamación por el titular estaría conforme con todas las operaciones y anotaciones recogidas.

El actor disponía de toda la información suficiente para conocer cual era el valor de cada uno de sus títulos y como cotizaban estos.

Se ejercita por la actora la acción de incumplimiento contractual en base a un incumplimiento del pacto de recompra. Sin embargo, es incierto que IPME 2012 SA hubiere obligado a recomprar los valores, especialmente cuando lo que se adjunta por el actor se trata de un contrato distinto, de los REPOS. En la orden de compra aportada en la demanda se observa que en el pie de la orden se remite a las condiciones generales del contrato y administración y depósito. La CNMV también tiene publicada en su web oficial una definición del pacto de recompra según la cual el acuerdo por la que el vendedor de un activo financiero se compromete a volvérselo a comprar al adquirente en fecha concreta y precio predeterminados. Y en este caso, IPME 2012 SA nunca podría asumir tal compromiso, toda vez que lo es el vendedor sino intermediario para la compra de los bonos. En el impreso que se refiere el actor no existe pactado un precio de recompra, elemento esencial e indispensable para la existencia de contrato de pacto de recompra. Y la parte actora ni siquiera exige que se cumpla el citado pacto.

No existe incumplimiento del deber de información entre el actor y IPME 2012 SA.

Si lo que se pretende ejercitar es la anulabilidad, la acción ha caducado, al transcurrir 4 años.

SEGUNDO.- La parte actora indica en su demanda que ejercita las siguientes acciones: una acción de resolución contractual al amparo del artículo 1124 CC y de indemnización de daños y perjuicios del artículo 1101 basada en la ausencia de información posterior sobre los riesgos sobrevenidos para la solvencia de los Bancos emisores, contra BANCO PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA S.A.; y subsidiariamente de anulabilidad por vicio de consentimiento al amparo del art. 1265 CC.

Y comenzando nuevamente con la lectura de la demanda y su correspondencia con el suplico de la misma, en primer lugar, si se observa que en las páginas 4 y ss del escrito de pretensiones conecta la

causa de resolución a la falta de información suministrada por la entidad bancaria, no informando de manera adecuada de las características y riesgo de lo contratado, y solo en parte de la página 7 se refiere al pacto de recompra. Es por ello, que comenzaremos con el estudio de la información proporcionada por IPME 2012 SA a D. ...

Perfil del sr. D. ...

Ninguna duda cabe sobre el carácter de consumidor y usuario del sr. ..., quien contrató este producto a título individual (art. 3 Real Decreto Legislativo 1/2007), toda vez que el contrato de 14 de agosto de 2006 se celebra con el sr. ... a título particular y sin destinar en modo alguno a su actividad profesional de constructor. Es por ello, que está protegido especialmente. Es de ver, que los productos presentados por la demandada, como comercializados por el sr. ... no le dota de un especial conocimiento en esta materia.

Información suministrada al sr. ..., antes, durante y posteriormente al acto: ¿existe incumplimiento de la demandada?

Se ha señalado por los analistas, de forma casi unánime, que los primeros síntomas de la crisis se manifestaron en 2006, tales como el aumento de morosidad de las hipotecas subprime y la caída de los precios de la vivienda en EE.UU a partir de 2005, y que la eclosión se produjo con la quiebra de Lehman Brothers en el año 2008.

En el plano de la información al inversor, debe recordarse que el RD 629/93 sobre normas de actuación en el mercado de valores, con referencia a la Ley 24/1988, ya obligaba a las entidades a proporcionar toda la información que pudiera ser relevante para que los clientes pudieran tomar una decisión del producto contratado. La Ley 47/07 supuso la modificación de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, para incorporar al Ordenamiento Jurídico español las siguientes Directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva y la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito. La Ley 47/07 hacía referencia a la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modificaba la Directiva MIFID (Markets in Financial Instruments Directive), cuya finalidad es proteger a los inversores estableciendo un régimen de transparencia para que los participantes en el mercado puedan evaluar las operaciones. Se trata de profundizar en la protección a la clientela, a través del incremento y mayor precisión de las obligaciones de las entidades financieras.

En cuanto a la normativa existente en el momento de la celebración del contrato, la sentencia de Audiencia Provincial de Cartagena de 26 de noviembre de 2013: "En primer lugar no resulta de aplicación la Directiva 2004/39/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por cuanto en su art. 70, referida a la "incorporación al derecho nacional", dispone que "Los estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a más tardar el 31 de enero de 2007. Informarán de ello

inmediatamente a la Comisión.

Aplicarán dichas disposiciones a partir del 1 de noviembre de 2007. "En consecuencia, dado que en virtud del denominado plazo de transposición, las directivas deben ser incorporadas al ordenamiento de los Estados miembros destinatarios en los plazos fijados en las mismas, dicha directiva no puede ser exigida en el año 2005, en que se firma el contrato. Tampoco resulta de aplicación la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Asimismo, tampoco el Real 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 y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, y en cuyos artículos 72 a 74 refiere la evaluación de la idoneidad y de la conveniencia. Por el contrario resulta aplicable el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios. Según su exposición de motivos, la sección cuarta contempla aquellas operaciones en las que, por su difusión masiva, resulta conveniente que existan contratos-tipo sometidos a control y publicidad, así como aquellas otras operaciones en las que resulta necesaria la existencia de un contrato privado con entrega de copia a los clientes. Igualmente dispone que en la sección quinta, respondiendo al principio del derecho de información del cliente, se regula el alcance del mismo, de manera que exista un mínimo de información a disposición de los clientes en relación con las operaciones contratadas. En la mencionada Sección 4, referida a los documentos contractuales, el art. 14, dispone en su número 2 que "Los contratos-tipo deberán contener, además de las características esenciales de los mismos, ajustadas en todo caso a lo dispuesto por la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, los requisitos y condiciones para su modificación y resolución anticipada, el sometimiento de las partes a las normas de conducta y requisitos de información previstos en la legislación del Mercado de Valores, y, en general, los requisitos que, según las características de la operación de que se trate, se establezcan por el Ministro de Economía y Hacienda"; y el art. 15, en relación con la entrega de documentos los contractuales dispone la entrega al cliente del documento contractual relativo a la operación de que se trate, y junto con el mismo se deberá hacer entrega de una copia de las tarifas de comisiones y gastos repercutibles y normas de valoración y de disposición de fondos y valores aplicables a la operación concertada. Para ello bastará entregar la hoja u hojas del folleto en que figuren todos los conceptos de aplicación a esa operación. Será válido, asimismo, que las tarifas aplicables aparezcan expresamente en el contrato, no siendo admisibles las remisiones genéricas al folleto de tarifas, sin hacer entrega del mismo.

En su Sección 5, referente a la Información a la clientela, el art. 16, concerniente a la información a la clientela sobre operaciones realizadas, se dispone que las entidades facilitarán a sus clientes en cada liquidación que practiquen por sus operaciones o servicios relacionados con los mercados de valores un documento en que se expresen con claridad los tipos de interés y comisiones o gastos aplicados, con indicación concreta de su concepto, base de cálculo y período de devengo, los impuestos retenidos y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar la liquidación efectuada y calcular el coste o producto neto efectivo de la operación. En el Anexo, relativo al Código general de conducta de los mercados de valores, el art. 4, referido a la información sobre la clientela, se dispone que las entidades solicitarán de sus clientes la

información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer; y el artículo 5, en relación a la información a los clientes, "1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. 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". Por último la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que en su art. 78 disponía que "Las Sociedades y Agencias de Valores y, en general, cuantas personas o entidades ejerzan actividades relacionadas con los mercados de valores, deberán respetar las normas de conducta contenidas en el presente título, así como los códigos de conducta que, en su desarrollo, apruebe el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores". A su vez, la redacción vigente al momento de los hechos de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y usuarios, disponía en su art. 10.1 a), la necesidad de concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberán hacerse referencia expresa en el documento contractual. (...) Por lo tanto atendida a la información que la entidad bancaria debe proporcionar tanto en la fase precontractual como en la contractual, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5ª, de fecha 27 de enero de 2010, resolvió "El derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad, tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible. En este sentido es obligada la cita del 48.2 de la L.D.I.E.C. 26/1988 de 29 de julio y su desarrollo pero la que real y efectivamente conviene al caso es la de Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores al venir considerada por el Banco de España y la C.M.V incurso la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras art. 2 L.M.V. Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia pero sorprende, sobre todo, lo prolijo del desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual. Este desarrollo ha sido, tanto más exhaustivo con el discurrir del tiempo y así si el art.79 de la L.M.V., en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios (letras I.A. y I.C.), el RD 629/1993 concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información , tanto respecto de la clientela a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al

cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva" (art.5.3)... Se dan así y, por tanto, a juicio del Tribunal las condiciones del error propio invalidante del contrato, a saber, como expone la STS de 26-6-2000 (RA 9177): "recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quién lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular (Sentencias 14 y 18 febrero 1994, y 11 mayo 1998). Según la doctrina de esta Sala la excusabilidad ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido el error, como las del otro contratante, pues la función básica del requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente (SS 4 enero 1982 [RJ 1982, 179] y 28 septiembre 1996)". En este caso concreto, el deber de información que correspondía a la entidad bancaria, de conformidad

con la normativa vigente al momento de la contratación, queda reflejada en las sentencias dictadas por esta Audiencia de 27 de diciembre de 2012, y de 19 de febrero de 2013, con cita de otras, al expresar que las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén de 27 de marzo de 2009 y las de la Audiencia Provincial de Oviedo de 20 de abril de 2011 y 14 de mayo de 2012, se pronuncian sobre ello afirmando que "El derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible. En este sentido es obligada la cita del 48.2 de la L.D.I.E.C. 26/1988 de 29 de julio y su desarrollo, pero la que real y efectivamente conviene al caso es la de Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores al venir considerada por el Banco de España y la C.M.V. incurso la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras artº. 2 L.M.C.) Examinada la normativa del mercado de valores, sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia, pero sorprende, sobre todo, lo prolijo del desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual. Este desarrollo -se reitera la doctrina expresada en la sentencia anteriormente citada de Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5ª, de fecha 27 de enero de 2010-, ha sido tanto más exhaustivo con el discurrir del tiempo y así si el artº. 79 de la L.M.V., en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios (letras I.A. y I.C.), el RD 629/1993 concretó, aún más, desarrollando en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información, tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (artº. 4 del Anexo 1) como frente al cliente (artº. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva" (artº. 5.3)".

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de mayo de 2011 declara que "el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible". Y en fecha más reciente se afirma lo mismo en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sección 3ª, de 19 de septiembre de 2013 (Roj: SAP IB 1865/2013): "tal como se decía en la sentencia de esta Audiencia Provincial, sección 5ª, de 21 de marzo de 2011, "el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación exigible. Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia pero sorprende, sobre todo, el prolijo desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual. Esta especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño de dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan con las entidades financieras, y a cuyo sector concurren los consumidores, de forma masiva, tanto para la celebración de contrato mas simples, como la apertura de una cuenta, como a los mas complejos, como los productos de inversión con lo que se pretende rentabilizar los ahorros, saliendo al paso de ese modo de la cultura del "donde hay que firmar" que se había instalado en este ámbito."

Y en este punto, hemos de partir de la escasa prueba practicada en el presente procedimiento. Partimos de la única testifical practicada, el sr. ..., que actuó de comercial de los bonos Fergo Aisa de 2003 a 2007, si bien especifica no recordar nada del actor, ni tampoco la existencia de una emisión de estos bonos en el año 2006. Y a tal fin, el testigo admite que la empresa emisora de los bonos pertenece al grupo de la encargada de su colocación (IPME 2012 SA), de manera que se subraya por el comercial que a los trabajadores le obligaban a tener que adquirir parte de las acciones de esa empresa. La falta de claridad en su exposición en la vista, denota su escaso conocimiento para la venta y comercialización del producto y con ello su carencia de facultades para su exposición frente a terceros. Es de ver, que le resulta imposible en la vista poder dar una definición del producto o de sus características, llegando incluso a decir que "no sabe lo que explicaba, no recuerda nada del producto", toda vez que si entendiera el mismo podría haber dado una somera explicación del servicio contratado por el sr. Y tal es así, que sólo admite informar sobre que el producto rentaba en un mercado a renta fija, desconociendo los caracteres del mismo incluso si existía o no un pacto de recompra, admitiendo no recordar nada de la emisión, salvo la relación interna de IPME 2012 SA con Fergo Aisa en virtud de los accionistas. Una vez que sabemos, que la información precontractual fue inexistente, toda vez que la persona dependiente de la entidad y encargada de su venta desconoce sus caracteres y no proporcionó datos suficientes al sr. ... de sus elementos esenciales, incluido el pacto de recompra, incumplimiento con ello, la entidad bancaria sus obligaciones contractuales. A ello, se une que la información contractual fue igual de

inexistente, no sólo porque así se desprende de la testifical, sino porque el contrato objeto de autos brilla por su ausencia, toda vez que aquellos que presenta la entidad La Caixa no se refieren al objeto de controversia, sin que la demandada lo haya adjuntado a pesar de hacer una descripción detallada del mismo en su contestación.

El actor no dispone de la orden de adhesión de compra de agosto de 2006, y por ello, a modo ejemplificado adjunta una orden de la misma emisión, la del año 2006. En el citado documento tan sólo recoge la clase de operación: suscripción, descripción del valor (Aisa), número de títulos, importe y cambio, así como que la orden es sin limitación de cambio y válida hasta 30 días, remitiéndose al contrato de administración y depósito, adjuntando contrato de compraventa con pacto de recompra genérico. La parte adversa, a pesar de su posición contractual, sólo adjunta información a efectos fiscales. Si bien en los documentos adjuntados consta que el citado producto tenía un vencimiento de 14 de agosto de 2011, con un valor nominal de 110.000 €, con un TIR del 5%; únicos presupuestos que pueden observarse de la documental adjuntada a la demanda, de manera que si en el folio 4 de la contestación la parte demandada puede describir el producto con toda esa especificidad de alguna manera ha de disponer del contrato al que se refiere, y del que carece el actor. Sin embargo por ninguna de las partes se aporta la orden de compra, aunque no es negado por IPME 2012 SA la relación contractual y la existencia de esos bonos, así como la existencia del pacto de recompra, que solo niega su eficacia ante la falta de constatación del precio, si bien en el folio 4 de la contestación el mismo demandado admite que los valores se amortizarán al 100% de su importe nominal, con lo que en todo caso, el sr. ... entendió que en todo caso recuperaría el nominal invertido, en la fecha de su vencimiento o amortización el 14 de agosto de 2011, obligación a la que se obligó IPME 2012 SA, que es quien contrató con el sr. ...

TERCERO.- En cuanto al contrato y su naturaleza, hemos de decir, que carecemos del contrato original y de la orden de compra, con lo que se examina el existente de manera genérico derivado de la emisión del año 2006. Y se adjunta por el actor como documento nº 6 nota informativa telemática sobre la relación societaria de IPME 2012 SA con Fergo Aisa SA. También adjunta el actor nota informativa de la emisión de 2001 si bien no la del año 2006, que tampoco adjunta el demandado, que fue el encargado de su venta. Lo cierto es que independientemente del documento de Fergo Aisa de 21 de marzo de 2013 por el que pretendían prorrogar por 90 días regularizar su situación para satisfacción de sus bonistas, si bien el contrato fue firmado por el sr. ... con IPME 2012 SA, quien tiene la obligación de amortizar, y dar cumplimiento a las obligaciones que la misma reconoce en su página 4 de la demanda.

CUARTO.- Efectos del incumplimiento

En relación a la valoración de la prueba, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2013: "La carga de la prueba no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes. La prohibición de una sentencia de "non liquet" (literalmente, "no está claro") que se establece en los arts. 11.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.7º del Código Civil, al prever el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, hace que en caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia, por no estar suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso, deban establecerse reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba. Esa es la razón por la que el

precepto que la regula, art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se encuentra entre las disposiciones generales en materia de prueba (arts. 281 a 298) sino entre las normas relativas a la sentencia, pues es en ese momento procesal cuando han de tener virtualidad las reglas de la carga de la prueba, al decidir a quién ha de perjudicar la falta de prueba de determinados extremos relevantes en el proceso. De ahí que haya de alegarse su infracción a través del art. 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil al tratarse de una norma reguladora de la sentencia. Solo se infringe dicho precepto si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas aplicables para su atribución a una y otra de las partes, establecidas en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y desarrolladas por la jurisprudencia".

En cuanto a los efectos de la resolución del contrato. Sentencia de la Ilma Audiencia Provincial de Madrid de 17 de enero de 2014: "Consecuencias de la resolución del contrato. Ante ese panorama los demandantes ha optado por ejercitar varias acciones contra DB, de entre las cuales la que se encuentra más ajustada a Derecho, a juicio de este tribunal, es la de resolución del contrato de orden de compra de las preferentes de Lehman, Landsbanki y Kaupthing.

Como dispone el Código Civil Artículo 1124: "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

Incumplimiento: En el presente caso, consideramos que ha quedado patente que el DB no ha cumplido con lo que le incumbía: informar adecuadamente a sus clientes sobre la naturaleza y riesgos del producto (preferentes) que iba a ser comprado por aquellos. Y este incumplimiento justifica la acción de resolución ejercitada por los clientes. El haz de obligaciones de información a que DB estaba sujeto nace del artículo 7.1 CC , art. 1.259 CC , la Ley del Mercado de Valores y normativa que la desarrolla, de que antes se ha dado cumplida cuenta o explicación.

Retroacción: La resolución contractual a que da lugar el incumplimiento proyecta sus efectos hacia atrás, al momento en que se estaba dando origen al contrato por el que se ordenaba la compra de las preferentes en cuestión. Como se decía ya por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 17 de julio de 1986) "la resolución contractual produce sus efectos, no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir, no con efectos ex nunc, sino ex tunc, lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido en cuanto la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos, tal y como se halla establecido para los casos de rescisión en el artículo 1.295 del Código Civil, al que expresamente se remite el artículo 1.124 del mismo Cuerpo legal, efectos que sustancialmente coinciden con los previstos para los casos de nulidad en el artículo 1.303, y para los supuestos de condición resolutoria expresa en el artículo 1.123."

Esto comporta que al determinar los posibles daños y perjuicios se hayan de tener en cuenta

también los beneficios obtenidos entre tanto. Y, como dice la parte demandada en el párrafo final de la penúltima página de su contestación a la demanda (folio 253 del Tomo VI de las actuaciones) deba minorarse la hipotética indemnización que pudiera concederse a los demandantes en el importe de aquellos rendimientos obtenidos y cobrados. De ahí que, debiendo establecerse como daño por la contratación irregularmente efectuada por culpa de DB, la pérdida de las inversiones de los demandantes en la compra de la preferentes de Lehman Brothers, Landsbanki y Kaupthing (Tabla nº 3 del Hecho Noveno de la demanda), en ejecución de sentencia se aminoren, en su caso, tales indemnizaciones en la cuantía que DB acredite ha ingresado a favor de todos o de algunos de los demandantes en concepto de cupón o beneficio." Es por ello, que se estima íntegramente la demanda.

SÉPTIMO.- Las costas procesales deben ser impuestas a la parte demandada al resultar aplicable el artículo 394 LEC, ya que ha existido una estimación íntegra de la demanda.

Vistos los preceptos citados y de más de aplicación,

FALLO

ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta a instancia de D. ..., representados por el Procurador D. Pedro Moratal Sendra, asistido de su Abogado D. Osear Serrano Castells, contra IPME 2012 SA, representada por el Procurador D. Leopoldo Rodés Menéndez, y asistido por el Letrado D. ... y DECLARO EL INCUMPLIMIENTO por parte de Bankpyme SA, actualmente IPME 2012 SA de sus obligaciones contractuales y como consecuencia de ello DECLARO RESUELTO el contrato por el que se adquirieron los Bonos de Fergo Aisa de fecha de 14 de agosto de 2006 y CONDENO a IPME 2012 SA al pago en concepto de restitución del importe de 110.000 € más los gastos de custodia directamente vinculados a estos valores a concretar en ejecución de sentencia por ser devengo periódico, más los intereses legales que correspondan sobre estos importes desde el cargo en importes percibidos por la actora en concepto de cupón y que ha alcanzado el importe de 9.018 €.

Todo ello con imposición de costas a la parte demandada

Notifíquese la presente resolución a las partes, advirtiéndoles que no es firme y que frente a la misma puede interponerse recurso de apelación ante la Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a contar desde su notificación. Conforme a lo establecido en la Instrucción 8/09, dictada al amparo de la Disposición Adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por Ley Orgánica 1/09 de 3 de noviembre se advierte a las partes la necesidad de constituir depósito conforme al punto tres de la citada Ley Orgánica y con la advertencia del punto siete de la misma.

Llévese testimonio de esta resolución a los autos de su razón.

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

PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrado audiencia pública, doy fe.