

Juzgado de Primera Instancia nº 37 de Barcelona
Procedimiento ordinario
Materia: Juicio ordinario otros supuestos

SENTENCIA Nº 41/2014

En la ciudad de Barcelona, a veinticinco de febrero de dos mil catorce.
Vistos por mí, MARÍA MILLAN GISBERT. Magistrada-Juez del Juzgado de 1ª Instancia número TREINTA Y SIETE de los de esta Ciudad, los autos de **JUICIO ORDINARIO** seguidos en este Juzgado y registrados bajo el número ..., a instancia de **D. ...**, con NIF ... y de **Dña. ...**, con NIF ..., representados por el Procurador **Pedro Moratal Sendra** y defendidos por el Letrado **Óscar Serrano Castells**, contra **IPME 2012, SA**, con CIF ..., representada por el Procurador **Leopoldo Rodés Menéndez** y defendida por el Letrado ..., y atendiendo a los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador Pedro Moratal Sendra, en representación de los actores, se presentó demanda contra IPME, S.A. (anteriormente BANCO DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, S.A.), en fecha 15 de marzo de 2013, en atención a los siguientes hechos:

Los actores son un matrimonio de mediana edad cuyos ingresos provienen exclusivamente de su trabajo, teniendo un perfil ahorrador y conservador y nulos conocimientos financieros.

En el año 2005 adquirieron participaciones preferentes de Banesto por importe de 17.389,30 euros a través de la oficina de la demandada en ... y por consejo de uno de sus empleados, D. ... Aun cuando en la orden de compra figura que se trata de obligaciones subordinadas, en realidad se trata de participaciones preferentes En el momento de contratar, el empleado de la demandada les dijo a los actores que se trataba de un depósito con una rentabilidad del 5,5% y con posibilidad de rescatarlo a los 5 años o antes si necesitaban el dinero con tal que avisaran con 48 horas de antelación. Y les dijo que era un depósito seguro y garantizado.

En agosto de 2006, los actores adquirieron bonos de Fergo Aisa por importe de 61.000 euros, también por indicación del referido empleado de la demandada, que les dijo que se trataba de un depósito con vencimiento a 5 años y que podían recuperar el capital en cualquier momento. La demandada ocultó que se trataba de una emisión para refinanciar los bonos emitió en el 2001 y que vencían precisamente en el 2006.

Además en cuanto a estos bonos, en el reverso de la orden de compra se establecía una obligación de recompra por parte del banco, que no se cumplió.

Ninguno de los productos adquiridos se adapta a las necesidades de los actores. Además, Bankpime nació en el seno de Agrupació Mutua y Fergo Aisa era una filial de ésta, por lo que existía un conflicto de intereses.

Aducen los actores que la demandada no cumplió con las obligaciones que le eran exigibles ni en el momento de adquirir el producto ni tampoco después, ya que los actores han tenido conocimiento de que Banesto, en el mes de septiembre de 2012, hizo una oferta de recompra y canje por acciones y, en cambio, la demandada no les dijo nada.

Los actores señalaban que habían percibido 5.0305 euros por los cupones de las participaciones preferentes de Banesto y que habían pagado 361,71 euros en concepto de custodias.

Por otro lado, manifestaron haber percibido 6.463,80 euros de cupones de Fergo Aisa y haber abonado 1.952 euros en concepto de gastos de custodia.

La parte actora alegó en su demanda los fundamentos de derecho que consideró de aplicación.

Y, finalmente, terminó suplicando *"Sentencia estimando íntegramente la presente demanda, y que contenga los siguientes pronunciamientos:*

1.-Se declare el incumplimiento por parte de BAKPYME SA, actualmente IPME 2012 SA, de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en las venta de los instrumentos objeto de

la presente demanda, en los términos recogidos en la misma. Como consecuencia de esta declaración, se declare resuelto el contrato por el que adquirieron las participaciones preferentes de la Entidad Banesto, de fecha 15 de diciembre de 2005, y se condene a IPME 2012 SA, al pago en concepto de restitución, del importe de 17.389,30 €, más los gastos de custodia directamente vinculados a estos valores contabilizados en el hecho tercero de esta demanda, y a concretar en ejecución de sentencia por ser de devengo periódico, más los intereses legales que correspondan sobre estos importes desde el cargo en cuenta y hasta su efectivo pago, debiéndose compensar de todo ello los importes percibidos por la actora en concepto de cupón, y que salvo error u omisión, se han contabilizado en el hecho tercero de esta demanda en el importe de 5.305 €. 2.- Subsidiariamente, interesa al derecho de esta parte que se declare la nulidad del referido contrato. Como consecuencia de esta declaración, se condene a IPME 2012 SA, al pago en concepto de restitución, del importe de 17.289,30 €, más los gastos de custodia directamente vinculados a estos valores contabilizados en el hecho tercero de esta demanda, a concretar en ejecución de sentencia por ser de devengo periódico, más los intereses legales que correspondan sobre estos importes desde el cargo en cuenta y hasta su efectivo pago, debiéndose compensar de todo ello los importes percibidos por la actora en concepto de cupón, y que salvo error u omisión se han contabilizado en el hecho tercero de esta demanda, en el importe de 5.305 €. 3.- Se declare el incumplimiento por parte de BANKPYME SA. actualmente IPME 2012 SA de sus obligaciones contractuales en cuando 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. Como consecuencia de esta declaración, se declare resuelto el contrato por el que se adquirieron los Bonos de Fergo Aisa, de fecha 14 de agosto de 2006, y se condene a IPME 2012 SA. al pago en concepto de restitución, del importe de 61.000 €, más los gastos de custodia directamente vinculados a estos valores contabilizados en el hecho tercero de esta demanda, a concretar en ejecución de sentencia por ser de devengo periódico, más los intereses legales que correspondan sobre estos importes desde el cargo en cuenta y hasta su efectivo pago, debiéndose compensar de todo ello los importes percibidos por la actora en concepto de cupón, y que salvo error u omisión, se han contabilizado en el hecho tercero de esta demanda, en el importe de 6.463,80 €. 4.- Subsidiariamente, se declare la nulidad del referido contrato. Como consecuencia de esta declaración, se condene a IPME 2012 SA. al pago en concepto de restitución. Del importe de 61.000 €, más los gastos de custodia directamente vinculados a estos valores contabilizados en el hecho tercero de esta demandada, a concretar en ejecución de sentencia por ser el devengo periódico, más los intereses legales que correspondan sobre estos importes desde el cargo en cuenta y hasta su efectivo pago, debiéndose compensar de todo ello los importes percibidos por la actora en concepto de cupón, y que salvo error u omisión, se han contabilizado en el hecho tercero de esta demanda, en el importe de 6.463.80 €. 5.- Se condene a IPME 2012 SA al pago de las costas judiciales causadas en la presente instancia".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a las demandadas para que comparecieran y contestaran en el plazo de 20 días.

En fecha 30 de abril de 2013, el Procurador Leopoldo Rodés Menéndez, en representación de IMPE 2012, S.A. compareció en las actuaciones y presentó escrito de contestación a la demanda que se basaba fundamentalmente en los siguientes hechos:

Alegaba que el perfil de los actores era minorista.

Que la normativa MFID no es de aplicación al caso.

Alegaban que los actores hablan adquirido con anterioridad Bonos Fergo Aisa de la emisión del 2001 y que los amortizaron perdiendo dinero. Igualmente con anterioridad habían adquirido participaciones preferentes, que también vendieron con pérdidas.

Además, los actores adquirieron también muchos otros productos, unos con mayor riesgo que otros.

Alegaba que facilitó, antes, durante y después, toda la información precisa sobre la inversión realizada.

Alegaba que la relación entre los actores y la demandada es la de mera intermediación y no de

asesoramiento.

Alegaba que no existía pacto de recompra en relación a los bonos de Fergo Aisa.

Alegaban finalmente que la acción de nulidad está caducada.

La demandada alegó en su contestación a la demanda los fundamentos de derecho que consideró de aplicación.

Y, finalmente, terminó solicitando sentencia desestimatoria de la demanda.

TERCERO.- Convocadas las partes a la audiencia previa, ésta tuvo lugar el día 17 de julio de 2013.

Subsistiendo el litigio entre las partes, la parte actora rectificó un error material padecido en el suplico de la demanda en el sentido de que la cantidad de 5.305 euros debía ser de 5.610 euros.

A continuación, las partes se pronunciaron sobre los documentos de la contraria y fijaron los hechos en los que había disconformidad y aquéllos en los que coincidían.

CUARTO.- Recibido el proceso a prueba, la parte actora propuso los siguientes medios de prueba: 1) Documental por reproducida, 2) más documental, 3) testifical de D. ... y 4) reconocimiento judicial de los actores. La demandada, por su parte, propuso: 1) Interrogatorio de los actores, 2) documental por reproducida. 3) más documental y 4) testifical de D. ...

Se admitió la totalidad de la prueba propuesta, salvo la más documental de la actora y el reconocimiento judicial de los actores, y se señaló como fecha del juicio el 3 de diciembre de 2013.

QUINTO.- Abierto el acto del juicio, tuvo lugar la práctica de la prueba, salvo el interrogatorio de los actores, ya que la demandada renunció a la misma y, tras las conclusiones de las partes, quedaron las actuaciones concluidas para sentencia.

SEXTO.- Mediante auto de 4 de diciembre de 2013, con suspensión del plazo para dictar sentencia, se acordó, como diligencia final, estar a la espera del oficio dirigido a CAIXABANK y, transcurrido el plazo para ello, se acordó alzar la suspensión del plazo para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De las acciones ejercitadas.- La parte actora ejercita en su demanda varias acciones acumuladamente.

Ejercita en primer lugar una acción de resolución contractual por incumplimiento de la orden de compra de participaciones preferentes de Banesto suscrita el 15 de diciembre de 2005 y de la orden de compra de bonos de Fergo Aisa suscrita el 14 de agosto de 2006.

Subsidiariamente, ejercita una acción de nulidad de los referidos contratos por error en el consentimiento.

Por su parte, la demandada alega que sólo fue intermediaria en las órdenes de compra de los actores, por lo que carece de legitimación pasiva en las acciones ejercitadas y, en todo caso, niega que haber incurrido en los incumplimientos que le imputa la parte actora y niega que haya habido error en la prestación del consentimiento por parte de los actores.

Sentadas, pues, cuáles son las acciones ejercitadas, la resolución de la controversia pasa por determinar, en primer lugar, la naturaleza del contrato suscrito entre las partes, lo que nos permitirá ver si la demandada está o no legitimada pasivamente y, en el caso de que así sea, cuáles son las obligaciones que le incumbían, a los efectos de establecer si ha habido incumplimiento por su parte y, en su caso, si ello ha podido determinar el error en el consentimiento de los actores.

SEGUNDO.- De la naturaleza del contrato entre las partes.- Expuesta la normativa, la controversia entre las partes surge a la hora de calificar la relación existente entre las partes, ya que la parte actora sostiene que la relación entre las partes es de asesoramiento, mientras que la demandada afirma que se limitó a ejecutar las órdenes de los actores.

A estos efectos, el art. 63 de la Ley del Mercado de Valores (LMV), en la redacción vigente en el momento de suscribir los contratos de autos establecía que: "*1. Se considerarán servicios de inversión los siguientes:*

a) La recepción y transmisión de órdenes por cuenta de terceros.

- b) *La ejecución de dichas órdenes por cuenta de terceros.*
- c) *La negociación por cuenta propia.*
- d) *La gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión con arreglo a los mandatos conferidos por los inversores.*
- e) *La mediación, por cuenta directa o indirecta del emisor, en la colocación de las emisiones y ofertas públicas de ventas.*
- f) *El aseguramiento de la suscripción de emisiones y ofertas públicas de venta".*

Ciertamente, en la regulación vigente en el momento de suscribirse los contratos de autos no se preveía entre los servicios de inversión el de asesoramiento.

De todos modos sí que estaba previsto dicho servicio de asesoramiento en la Directiva 2004/39/CE, en su art. 4.1.2) por remisión a la sección a del Anexo 1, entendiéndose como tal, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 4.1.4), *"la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros"*.

De hecho, actualmente el art. 63 LMV, tras la reforma operada por la Ley 47/2007 en orden a la trasposición de la citada Directiva, establece que: *"1. Se considerarán servicios de inversión los siguientes:*

- a) *La recepción y transmisión de órdenes de clientes en relación con uno o más instrumentos financieros.*

Se entenderá comprendida en este servicio la puesta en contacto de dos o más inversores para que ejecuten operaciones entre si sobre uno o más instrumentos financieros.

- b) *La ejecución de dichas órdenes por cuenta de clientes.*
- c) *La negociación por cuenta propia.*
- d) *La gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión con arreglo a los mandatos conferidos por los clientes.*
- e) *La colocación de instrumentos financieros, se base o no en un compromiso firme.*
- f) *El aseguramiento de una emisión o de una colocación de instrumentos financieros.*
- g) *El asesoramiento en materia de inversión, entendiéndose por tal 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. No se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos de lo previsto en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial.*
- h) *La gestión de sistemas multilaterales de negociación".*

Como vemos, ahora se contempla, entre los servicios de inversión, el asesoramiento en el apartado g), que antes no se contemplaba.

Pues bien, en el presente caso los actores sostienen que los dos productos objeto de autos fueron ofrecidos por la demandada, cosa que ésta no niega en su contestación a la demanda, ya que se limita a discrepar respecto a la naturaleza jurídica de la relación entre las partes sin entrar a discutir el hecho relativo a cómo se produjo la contratación.

Sentado lo anterior, si los productos fueron ofrecidos por la demandada, es evidente que estamos ante la actividad descrita como asesoramiento en la vigente Ley del Mercado de Valores. Y aunque es cierto que este servicio no estaba previsto en la redacción de la referida Ley vigente en el momento de suscribirse el contrato de autos, también lo es que la actual regulación es fruto de la trasposición de la Directiva anteriormente citada, que si estaba vigente cuando se suscribieron los contratos de autos. Y, a estos efectos, la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2013, establece al respecto de la normativa comunitaria que *"la progresión en la protección del inversor que supone la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), ha de ser tomada también en consideración en la interpretación de las obligaciones de la empresa que prestaba los servicios de inversión aunque cuando las partes*

concertaron el contrato no hubiera transcurrido el plazo de transposición pues el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado expresamente que la obligación de interpretación del Derecho interno a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva vincula a los jueces con independencia de que haya transcurrido o no el plazo para la transposición (Sentencia de 8 de octubre de 1987, caso "Kolpinghuis Nijmegen", asunto 80/86). En tal sentido, esta Sala ha utilizado Directivas cuyo plazo de transposición no había finalizado, y que no habían sido efectivamente transpuestas a nuestro Derecho interno, como criterios de interpretación del mismo. Así ocurrió en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1996, que utilizó la Directiva 93/13 /CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores, para interpretar la normativa de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios".

Por todo ello hay que concluir que en el presente caso hubo atesoramiento en los términos establecidos en la normativa europea, de la que es muestra la actual regulación de la Ley Mercado de valores.

TERCERO.- De la legitimación pasiva de la demandada.- Establecida la naturaleza del contrato, se alega por la demandada su falta de legitimación pasiva, ya que alega que no fue parte en los contratos de autos, que se celebraron entre los actores y Fergo Aisa y Banesto respectivamente.

Pues bien, hay que empezar por señalar que, como ya se ha establecido en el Fundamento de Derecho anterior, el servicio prestado por la demandada no fue de simple ejecución de órdenes, sino que fue de asesoramiento.

Y, para seguir, deben acogerse los argumentos expuestos en la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Mallorca, sección 3ª, de 17 de octubre de 2013, cuando señala que en todo caso la demandada tiene un deber de información para sus clientes y está legitimada pasivamente en relación a las acciones ejercitadas por incumplimiento de dicho deber. En efecto, señala la referida sentencia que *"Acerca de la falta de legitimación pasiva de la entidad demandada, por cuanto su intervención se ha militado a intermediar en la compra, no siendo ella la vendedora de los títulos, este tribunal en sentencia de 17 de julio de 2013 en un caso similar al presente ya señaló: "Dicha orden de compra no puede desligarse de la restante documental aportada junto con la demanda, esto es, el contrato de depósito y administración de valores suscrito por las partes litigantes en fecha 7 de julio de 2008 -documental de los folios 92 y siguientes- y el contrato de apertura de cuenta de inversión -documental de los folios 97 y siguientes- suscrito por las mismas partes y en la misma fecha, que comportan, como se estudiará más adelante, un deber de asesoramiento, pero es que, como ya tuvo ocasión de señalar este Tribunal en su sentencia de 13 de noviembre de 2012, incluso hallándonos ante una operación de comercialización de producto y no de asesoramiento, la entidad, demandada hoy apelante queda obligada a prestar información con arreglo a lo establecido en el artículo 79.7 de la Ley de Mercado de Valores, por lo que resulta incuestionable que dichas entidades financieras, obligadas a dar esa información, están legitimadas pasivamente en las acciones como la presente en que se reclama, precisamente, por la inexistencia de esa información o asesoramiento".*

En definitiva, pues, hay que considerar que la demandada está perfectamente legitimada frente a las acciones ejercitadas por la adora.

CUARTO.- De la acción de resolución contractual.- La parte adora ejercita con carácter principal una acción de resolución de contrato al amparo de lo dispuesto en el artículo 1124 del Código Civil (CC), según el cual *"La facultad de resolver las obligaciones entiendo implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere 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".*

Así, en los casos de obligaciones recíprocas, cuando habiendo cumplido uno de los obligados, el otro no realiza la prestación que le incumbe, o su ejecución ha sido tan defectuosa que resulta frustrada la finalidad perseguida por el negocio y el consiguiente interés, el art. 1124 CC permite que la parte que hubiera cumplido pueda exigir que se imponga a la parte contraria el cumplimiento o bien optar por la resolución del vínculo contractual, con la indemnización, en ambos casos, de

daños y perjuicios causados.

En consecuencia, para que prospere la acción ejercitada, es necesario que concurran los siguientes requisitos: a) la existencia del vínculo contractual entre las partes, b) reciprocidad de las prestaciones, c) cumplimiento de las obligaciones por parte de quien reclama, y d) la no atención de sus obligaciones por la parte demandada.

Lo que se discute en el presente caso por las partes es si la demanda cumplió o no con sus obligaciones.

Los actores oponen que la demandada no les informó debidamente de las características de los productos adquiridos y además, en cuanto a los bonos de Fergo Aisa, que la demandada no ha cumplido su obligación de recompra y, en cuanto a las participaciones preferentes de Banesto, que no les informó de la oferta de canje por acciones.

Pues bien, empezando por la **obligación de recompra** de los bonos Fergo Aisa, lo cierto es que, no puede considerarse acreditado que la demandada hay incumplido frente a los actores dicha supuesta obligación porque no consta que la asumiera.

En efecto, para empezar, no consta en autos la orden de compra de los bonos, sino únicamente la confirmación de la operación (documento núm. 1 de la demanda) y, siendo así, difícilmente puede concluirse que la demandada asumiera ninguna obligación de recompra.

La parte actora para acreditar este extremo ha aportado simplemente una copia de las condiciones generales que la demandada aplicó en otros casos (documento núm. 6 de la demanda), pero, por un lado, no consta que tales condiciones rigieran en el caso de autos y, por otro lado, examinadas las referidas condiciones, las mismas se refieren a una "Fecha de Recompra", que necesariamente debía establecerse en las condiciones particulares y se desconoce en el caso de autos si tal fecha se fijó o no.

Por todo ello, no puede considerarse que por este motivo la demandada haya incurrido en incumplimiento contractual.

Por lo que se refiere al **deber de información**, éste viene establecido en la normativa del sector, que en el caso de autos es la siguiente:

1º) La Ley de Mercado de Valores vigente en el momento de suscripción del contrato, que establecía en su art. 79 que "1. 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:

a) *Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado.*

(...)

c) *Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios.*

(...)

e) *Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados".*

2º) La Directiva 2004/39/CE, cuyo art. 19 establecía "Normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes. 1. Los Estados miembros exigirán que, cuando preste servicios de inversión o, en su caso, servicios auxiliares a clientes, la empresa de inversión actúe con honestidad, imparcialidad y profesionalidad, en el mejor interés de sus clientes, y observe, en particular, los principios establecidos en los apartados 2 a 8.

2. *Toda la información, incluidas las comunicaciones publicitarias, dirigidas por la empresa de inversión a los clientes o posibles clientes serán imparciales, claras y no engañosas. Las comunicaciones publicitarias serán claramente identificables como tales.*

3. *Se proporcionará a los clientes o posibles clientes de manera comprensible información adecuada sobre:*

- *la empresa de inversión y sus servicios,*

- los instrumentos financieros y las estrategias de inversión propuestas; esta información deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas acerca de los riesgos asociados a las inversiones en esos instrumentos o en relación con estrategias de inversión particulares,

- centros de ejecución de órdenes, y

- gastos y costes asociados, de modo que les permita, en lo posible, comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece y, por consiguiente, puedan tomar decisiones sobre la inversión con conocimiento de causa. Esta información podrá facilitarse en un formato normalizado.

4. Al prestar asesoramiento en materia de inversiones o realizar gestión de carteras, la empresa de inversión obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio, la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente o posible cliente, con el fin de que la empresa pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan.

5. Los Estados miembros se asegurarán de que las empresas de inversión, cuando presten servicios de inversión distintos de los contemplados en el apartado 4, pidan al cliente o posible cliente que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, de modo que la empresa de inversión pueda evaluar si el servicio o producto de inversión previsto es adecuado para el cliente.

En caso de que la empresa de inversión, basándose en la información recibida en virtud del apartado anterior, considere que el producto o servicio no es adecuado para el cliente o posible cliente, deberá advertirle de su opinión. Esta advertencia podrá facilitarse en un formato normalizado.

En caso de que el cliente o posible cliente decida no facilitar la información solicitada a la que se refiere el párrafo primero o no facilite información suficiente en relación con sus conocimientos y experiencia, la empresa de inversión advertirá al cliente o posible cliente de que dicha decisión impide a la empresa determinar si el servicio o producto previsto es adecuado para él. Esta advertencia podrá facilitarse en un formato normalizado.

6. Los Estados miembros permitirán que, cuando las empresas de inversión presten servicios de inversión que se limiten exclusivamente a la ejecución o recepción y transmisión de órdenes de clientes, con o sin prestación de servicios auxiliares, dichas empresas presten dichos servicios de inversión a sus clientes sin necesidad de obtener la información o hacer la valoración mencionadas en el apartado 5 cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

- que dichos servicios se refieran a acciones admitidas a cotización en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país, a instrumentos del mercado monetario, obligaciones u otras formas de deuda titulizada (excluidas las obligaciones o los valores de deuda titulizada que incluyan derivados), OICVM y otros instrumentos financieros no complejos. Se considerará que un mercado de un tercer país es equivalente a un mercado regulado si cumple unos requisitos equivalentes a los establecidos en el título III. La Comisión publicará una lista de los mercados que deben considerarse equivalentes. Esta lista se actualizará periódicamente.

- que el servicio se preste a iniciativa del cliente o posible cliente,

- que se haya informado claramente al cliente o posible cliente de que en la prestación de dicho servicio la empresa de inversión no está obligada a evaluar la adecuación del instrumento ofrecido o del servicio prestado y de que, por tanto, el cliente no goza de la correspondiente protección de las normas de conducta pertinentes; esta advertencia podrá facilitarse en un formato normalizado,

- que la empresa de inversión cumpla las obligaciones que le impone el artículo 18.

7. La empresa de inversión creará un registro que incluya el documento o documentos objeto del acuerdo entre la empresa y el cliente que estipulen los derechos y las obligaciones de las partes y las demás condiciones en las que la empresa prestará servicios al cliente. Los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato podrán indicarse mediante referencia a otros documentos o textos Jurídicos.

8. El cliente deberá recibir de la empresa de inversión informes adecuados sobre el servicio prestado a sus clientes. Dichos informes incluirán, en su caso, los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

9. En caso de que se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a normas europeas comunes para entidades de crédito y créditos al consumo relativas a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información, dicho servicio no estará sujeto además a las obligaciones establecidas en el presente artículo".

3º) El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que tiene por objeto desarrollar "las previsiones que la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, contiene en sus arts. 38, 44, 78 y 86, estableciéndose las normas de conducta de los intervinientes en los mercados de valores y las normas que rigen las relaciones entre clientes y entidades en las operaciones contratadas por ambos" y en el art. 4.1 se prevé 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", señalándose en el art. 5.1 que "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".

4º) La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995, que desarrolla parcialmente el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo de 1993, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, cuyo art. 9 sobre información sobre operaciones, establece 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 para los mismos".

5º) Igualmente hay que tener en cuenta la Ley de las Condiciones Generales de la Contratación y la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Pues bien, a la luz de la normativa expuesta, no puede decirse que en el caso de autos la demandada cumpliera con su deber de información, ya que, de hecho, la única documentación que obra en autos son la orden de compra de las participaciones preferentes de Banesto y los dos documentos de confirmación, tanto de la referida operación como de la compra de bonos de Fergo Aisa (documentos núm. 1 y 2 de la demanda).

No consta, pues, que la demandada informara de la naturaleza de los productos adquiridos, ni que entregara tampoco los folletos de emisión de uno y otro.

Tampoco consta que se informara verbalmente de la naturaleza de los productos adquiridos porque la parte actora lo niega y no se ha practicado prueba alguna a instancias de la demandada sobre dicho extremo.

Pues bien, sentado que hubo incumplimiento por parte de la demandada en cuanto a su deber de información, lo que hay que ver ahora es si dicho incumplimiento es de tal naturaleza que puede dar lugar a la resolución del contrato. Y es que, como ya se ha indicado anteriormente, el incumplimiento contractual, para que pueda dar lugar a la resolución del contrato, debe ser de tal naturaleza que frustre las expectativas de la parte contraria.

En este caso, los actores sostienen que si la demandada les hubiera explicado la verdadera naturaleza de los productos que adquirieron, no habrían suscrito los contratos.

A ello opone la demandada que los actores ya conocían la naturaleza de los referidos productos porque habían adquirido antes tanto bonos de Fergo Aisa como participaciones preferentes y habían amortizado los primeros y vendido las segundas con pérdidas en ambos casos.

Pues bien, en efecto, obra en autos una certificación de los productos de los que eran titulares los actores (documento núm. 3 de la contestación), del que se desprende que habían sido titulares de participaciones preferentes y de bonos Fergo Aisa y que en ambos casos se produjeron pérdidas en el capital. Siendo ello así, es evidente que los actores tenían que conocer que se trataba de productos

que no garantizaban el capital.

Ahora bien, la pérdida de capital no es el único riesgo que presentan estos productos, sino que hay otros riesgos, como la posibilidad de dejar de percibir la remuneración y la relación entre el valor del producto y la situación financiera del emisor y no consta que se informara de esto a la parte actora y tampoco consta que la actora conociera tales extremos porque, aunque perdió parte del capital en las operaciones precedentes, lo cierto es que recuperó el resto y que debió percibir en todo caso la remuneración, por lo que tales riesgos no se materializaron y no pudo conocerlos la parte actora por experiencia propia.

Esa información era importante y la ausencia de la misma determina un incumplimiento tal que, como señala la parte actora, debe determinar la resolución de los contratos objeto de autos.

A pesar de que hasta aquí ya se aprecian motivos suficientes para resolver los contratos, la parte actora también imputa a la demandada que no le informó de que **Banesto efectuó una oferta de canje** de las participaciones preferentes por acciones y debe analizarse también este extremo aunque sea a mayor abundamiento.

Pues bien, la oferta de canje efectuada por Banesto obra en las actuaciones (documento núm. 12 de la demanda) y no consta que la demandada se la comunicara a los actores, lo que claramente era de su interés, ya que con dicho canje hubieran podido obtener una liquidez de la que ahora no disponen, puesto que las participaciones preferentes no pueden venderse y, en cambio, las acciones sí. Era, pues, una información relevante para los actores, como, de hecho, ha sido para muchos propietarios de participaciones preferentes que se han acogido a dicho canje como una solución a su situación, solución a la que ellos, sin embargo, no han podido acceder.

Conforme al art. 79.1 LMV la demandada tenía que tener a sus clientes "*siempre adecuadamente informados*" y lo mismo exige el art. 9 de la Orden Ministerial de 25 de octubre de 1995 cuando señala que "*Las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones*".

También el incumplimiento de esta obligación es determinante de la resolución contractual.

Por todo ello, debe estimarse la demanda en este punto, sin que sea necesario entrar a examinar la acción subsidiaria de nulidad.

QUINTO.- De las consecuencias.- Por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 1.303 CC para la nulidad, deberán las partes restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses.

SEXTO.- De las costas.- De conformidad con el art 394 LEC, se imponen las costas a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por D. ... con NIF ... y de Dña. ..., con NIF ..., representados por el Procurador **Pedro Moratal Sendra** y defendidos por el Letrado **Óscar Serrano Castells**, contra **IPME 2012, SA**, con ..., representada por el Procurador **Leopoldo Rodés Menéndez** y defendida por el Letrado ..., debo acordar la resolución de los contratos de adquisición de bonos Fergo Aisa y de participaciones preferentes de Banesto, suscritos el 14 de agosto de 2006 y el 15 de diciembre de 2005 respectivamente, debiendo restituirse las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, con expresa condena en costas a la parte demandada.

Notifíquese esta Sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona que, en su caso, deberá ser interpuesto ante este Juzgado en el plazo de los VEINTE DÍAS siguientes a su notificación.

De conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, al preparar el recurso deberá consignarse un depósito de 50 euros en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta a nombre del Juzgado o Tribunal. A tal efecto, la

Instrucción 8/2009 de la Secretaría General de la Administración de Justicia, señala que la parte recurrente deberá indicar en el campo concepto del documento, del Resguardo de ingreso, que se trata de un "Recurso", seguido de los datos siguientes (Código 02 -Civil-Apelación). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, los señalados datos (Código 02 -Civil-Apelación), deben indicarse justamente después de especificar los 16 dígitos de la cuenta expediente (separado por un espacio). El recurrente tiene que acreditar haber constituido el depósito para recurrir mediante la presentación de copia del resguardo u orden de ingreso al tiempo de interponer el recurso. Poniéndose en conocimiento de las partes que los ingresos o transferencias que se efectúen por el presente concepto, habrán de realizarse en todo caso de forma separada a cualquier otro ingreso, que por cualquier concepto, realice la recurrente en la cuenta de este expediente.

Expídase testimonio de esta resolución que quedará unido a los autos, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Así por esta mi Sentencia, la pronuncio, mando y firmo.