

**JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 6 GRANOLLERS**  
**Procedimiento ordinario**

**SENTENCIA nº. 78/14**

En Granollers, a 28 de febrero de 2014.

Jordi Alvarez Morales, Juez del Juzgado Primera Instancia 6 Granollers, de los de esta capital, ha visto los presentes

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por turno de reparto correspondió a este Juzgado DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO formulada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> CONSOL CUADRA BAILE, en nombre y representación de D<sup>a</sup> ..., contra la mercantil BANKPIME.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se dio traslado a la parte demandada, contestando oponiéndose a las pretensiones de la parte actora, convocando a las partes al acto de la Audiencia Previa a la que ambas partes comparecieron, no alcanzando acuerdo, ratificándose en sus respectivos escritos, solicitando el recibimiento del pleito a prueba, proponiendo la documental, interrogatorio de parte y testifical, declaradas pertinentes y admitidas, señalándose día y hora para la celebración del Juicio.

**TERCERO.-** Al acto del Juicio comparecen las partes practicándose las pruebas, y emitida su valoración, se declararon los autos conclusos para dictar sentencia.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Las pretensiones de las partes en el presente pleito son las siguientes: Por la parte actora interesa como petición principal en el suplico de su demanda que se declare el incumplimiento por la demandada de sus obligaciones contractuales en cuanto al pacto de recompra de valores, así como por incumplimiento de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta de los instrumentos objeto de la demanda interpuesta por la actora. Como consecuencia se resuelvan los dos contratos por los que se adquirieron por la demandada los bonos de la empresa Fergo Aisa y Commerbank, ambos de fecha 10 de octubre de 2010 y se condene a la demandada al pago en concepto de restitución del importe de contratación, más los gastos de custodia directamente vinculados a estos valores contabilizados en el hecho tercero del escrito de demanda, a concretar en ejecución de sentencia por ser de devengo periódico, más los intereses legales que correspondan sobre estos importes desde el encargo en cuenta y hasta su efectivo pago, debiéndose compensar con los importes percibidos por la actora en concepto de cupón y dividendos, resultando la cantidad de 44.411,51 euros. Así mismo se proceda a la restitución a favor de la demandada de las acciones y títulos que se encuentran en poder de la actora. Subsidiariamente interesa que se declare la nulidad de ambos contratos en base a lo expuesto en los fundamentos de derecho de la demanda interpuesta por la actora, condenándose a la mercantil demandada a abonar la suma abonada por los demandantes, más intereses y gastos, previa deducción de los cupones y dividendos percibidos por los demandantes, resultando la suma de 44.411,51 euros, procediéndose en los mismos términos a la devolución a favor de la demandada de las acciones y títulos que se encuentran en poder de la actora. En todo caso interesa que la demandada sea condenada en costas. Por la parte demandada alega como cuestiones previas la caducidad de la acción y la falta de legitimación pasiva de la demandada, oponiéndose en cuanto al fondo se refiere por concurrir pluspetición en las pretensiones de la actora, por no apreciar un incumplimiento en cuanto a las obligaciones de información de la parte demandada se refiere, la inexistencia de un contrato de

asesoramiento, la apreciación en la figura de los demandantes de un perfil inversor atendiendo a los productos contratados con anterioridad por los mismos, el cumplimiento por parte de la demandada de todas y cada una de sus obligaciones contractuales, interesando en resumen sean desestimadas íntegramente las pretensiones de la actora, condenándose a la misma al pago de las costas de la presente litis.

**SEGUNDO.-** Respecto a la excepción de caducidad de la acción de nulidad alegada por la parte demandada, resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 1301 del CC, al establecer que: *"La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: (...) En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato"*.

La jurisprudencia aplicable al presente caso resulta, entre otras, de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª), núm. 281/2012, de 16 julio, JUR 2012\371824, haciendo referencia a jurisprudencia del TS, estableciendo que: *"En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que "el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr "desde la consumación del contrato". Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes", criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, "en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó...". Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó"*.

*Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1301 del Código Civil"*.

Aplicando el derecho y jurisprudencia referenciados al supuesto de autos, configurándose el contrato de compra venta de bonos como un contrato de tracto sucesivo sin que se haya producido una efectiva entrega o devolución de las recíprocas prestaciones a realizar por las partes, debe desestimarse la excepción de caducidad de conformidad con lo dispuesto en el art. 1301 del CC.

**TERCERO.-** En cuanto a la falta de legitimación pasiva esgrimida por parte demandada en su escrito de contestación a la demanda, afirmando que no fue parte del contrato objeto de la presente litis, debe ser desestimada. Examinando los extractos de confirmación, ordenes de suscripción y escritura de compraventa de los bonos contratados con la mercantil demandada, aportados como documentos números uno a cuatro de la demanda se desprende que la mercantil demandada intervino en todo momento en la contratación de los referenciados bonos, desarrollando la actividad propia de asesoramiento y prestación de servicios de inversión comprendida en el art. 66 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

Por todo lo expuesto, deben desestimarse las excepciones planteadas por la parte demandada en su escrito de contestación a la demanda procediendo a analizar las restantes cuestiones de fondo.

**CUARTO.-** Para determinar la naturaleza jurídica del contrato objeto de la presente litis, deben

examinarse, entre otras de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1ª), núm. 232/2012, de 30 mayo, JUR 2012\261780, o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9, en fecha de 9 de diciembre de 2012, al disponer que: *"las diferencias entre los contratos de gestión y asesoramiento de carteras de inversión y los contratos de depósito y administración de valores, en referencia a las obligaciones que se derivan en uno u otro caso respecto de la entidad que los suscribe, y así resulta de las Sentencias de 19 de abril de 2011 (Roj SAP V 1883/2011) y de 1 de julio de 2011 (Roj SAP V 4314/2011) que los contratos de depósito y administración de valores suponen "la mera obligación por parte de la entidad bancaria de gestionar y administrar -en sentido amplio- los valores que el cliente aporta al Banco o de los que encarga a éste su adquisición, con lo que su obligación queda limitada a la información, no abarcando el asesoramiento"*.

En este sentido, debe delimitarse en el supuesto de autos si el contrato celebrado entre las partes es de mera administración de valores o pudiera considerarse como un contrato de gestión propiamente dicha, que conlleve una obligación de asesoramiento.

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, entró en vigor el 21 de diciembre de 2007, produciéndose la contratación de los productos bancarios objeto de la presente litis en octubre del 2007. Si bien la nueva redacción de los arts. 63, 79 bis y concordantes de la Ley del Mercado de Valores no se encontraba vigente en el momento de su contratación, la redacción de los mismos responde a la transposición en el ordenamiento jurídico español de 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 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, todas ellas publicadas con anterioridad en el Diario Oficial de la Unión Europea, produciendo las mismas efecto directo desde el momento de su publicación, afectando a relaciones horizontales entre una empresa y un consumidor, habiendo transcurrido el plazo para su transposición y siendo suficientemente claras y precisas, de conformidad con las Sentencias Francovich, de 19 de noviembre de 1991 y Fratelli Constanzo, de 22 de junio de 1989. En este sentido, resultando la nueva redacción de los artículos anteriormente mencionados de la Ley de Mercado de Valores conformes con el contenido de las Directivas transpuestas anteriormente referenciadas, el contenido en abstracto de las obligaciones de información comprendido en los mismos resulta de aplicación en el supuesto de autos.

Por todo lo expuesto, cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquél, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan; cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente; en el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente.

**QUINTO.-** En cuanto al derecho aplicable en materia vicios del consentimiento, dispone el art. 1.269 del CC que: *"Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho"*, y el art. 1.270 del mismo cuerpo legal que: *"Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes. El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios"*.

En lo que se refiere a la interpretación jurisprudencial del dolo civil, como vicio del consentimiento, la doctrina jurisprudencial requiere para que el dolo sea invalidante del contrato es preciso que

concurran las tres premisas siguientes: 1º) Que el dolo haya sido grave y antecedente o concomitante en el perfeccionamiento del negocio, pues no basta para viciar el consentimiento cualquier, actitud maliciosa sobrevenida con posterioridad, a tenor del principio «mala fides superveniens non nocet»; 2º) Si el dolo ha sido causada por una de las partes del contrato y, por ende, no imputable ni a un tercero ni empleado por las dos partes contratantes 3º) La prueba del dolo como la del error incumbe a quien alega esos vicios del consentimiento, los que, por otra parte, deben ser apreciados con extraordinaria cautela y carácter excepcional, en aras de la seguridad jurídica y del fiel y exacto cumplimiento de lo pactado.

Dispone el artículo 1261 del CC que: *"No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1. Consentimiento de los contratantes. 2. Objeto cierto que sea materia del contrato. 3. Causa de la obligación que se establezca"*. Posteriormente, el artículo 1265 del mismo cuerpo legal establece lo siguiente: *"Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo"* y el artículo 1266 reconoce que: *"Para que el error invalide el consentimiento, 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. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo. El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección"*.

En lo que se refiere a la interpretación jurisprudencial del error, como vicio del consentimiento, la doctrina jurisprudencial en relación al mismo dispone que para que el error sea invalidante del contrato es preciso que concurran las tres premisas siguientes: 1º) 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; 2º) 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 3º) 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, 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.

**SEXTO.-** Respecto a la condición o no de consumidor de la parte actora resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el RD Legislativo 1/2007 a cuyo tenor son consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, poniendo el acento, por tanto, en el ámbito de actuación en el que se produce el acto o negocio jurídico a diferencia de la Ley 26/1984 que hacía referencia a la condición de destinatario final de los bienes, productos o servicios, lo que suponía una mayor amplitud en el concepto.

Por todo ello, debe considerarse a la parte actora como consumidora, por lo que resulta de aplicación el citado régimen protector y tuitivo.

En términos análogos, la parte actora ostenta el carácter de minorista (arts. 48.2 ley 26/1998 de D.I.E.C., arts. 2 y 78 bis de la Ley 24/1998 de mercado de Valores y arts. 72 y 73 RD 217/2008) y por ende de la especial protección que merece, pues a tenor del contenido del art. 78 bis de la Ley de Mercado de Valores, la entidad bancaria que presta servicios de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, debe obtener del cliente la información necesaria sobre sus conocimientos y experiencia con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan; esa información se plasma en los denominados test de idoneidad y de conveniencia, según se desprende de la práctica jurídica del sector en los distintos estados miembros y de conformidad con lo dispuesto en 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 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.

**SÉPTIMO.-** De la valoración de la prueba obrante en actuaciones, en especial de los extractos de confirmación aportados como documentos números uno a tres de la demanda, no queda acreditado que existiera información de los elementos integrantes del producto contratado, por lo que la presente controversia no debe ser examinada desde un punto de vista del incumplimiento contractual sino desde la posible concurrencia de vicios del consentimiento, directamente relacionada con el cumplimiento o no de las obligaciones de información de la entidad bancaria en la contratación de los productos objeto de la presente litis.

Atendiendo a la abundante documental obrante en actuaciones, así como de la declaración testifical del Sr. ... como gestor de clientes de la mercantil demandada, se desprende que el producto contratado es un producto complejo y de riesgo alto, de conformidad con la normativa expuesta con anterioridad, como también se desprende del documento informativo de los bonos contratados aportado como documento número doce de la demanda, sin que pueda asegurarse que exista a disposición del público información suficiente (comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento) sobre sus características, parece evidente que en el caso que nos ocupa incumbía a la demandada la carga de la prueba de la correcta información en el mercado de productos financieros, que, como se dice en la STS de 14/11/05, no es la genérica diligencia de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, y que la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de los clientes se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de dicha información.

No ha resultado probado en el supuesto de autos que la parte actora procediera a firmar contrato o suscripción de documento alguno en el que conste la orden de compra ni la recepción de información por los demandantes, limitándose la entidad bancaria a contratar los productos objeto de la presente litis mediante los extractos de confirmación aportados como documentos números uno a tres de la demanda. Tampoco ha resultado acreditado que los demandantes fueran informados de la naturaleza, contenido, características, riesgos y demás elementos constitutivos de los productos contratados por parte del gestor de clientes que les atendió en el momento de la contratación, según se desprende de la declaración testifical del Sr. ...

Respecto a los test de conveniencia e idoneidad, tendentes a la averiguación de la adecuación del producto contratado en atención al perfil del cliente, no obran en actuaciones. En este sentido, la no realización de los mismos resulta otro elemento indicativo de que no se practicaron por parte de la entidad bancaria todas aquellas actuaciones tendentes a determinar si el producto contratado resultaba adecuado para el cliente contratante en atención a su perfil.

Mención especial requiere el perfil ahorrador y conservador de los demandantes en el marco del presente procedimiento, quedando acreditado que la mayor parte de sus ingresos se encontraban en depósitos a plazo fijo o variable, habiéndose contratado también algún fondo de inversión, como se desprende de la certificación aportada como documento número tres del escrito de contestación a la demanda. Aunque algunos de los productos contratados por la parte actora puedan calificarse como complejos, dado su perfil minorista, se duda que hayan adoptado dichas decisiones de inversión de una forma fundada, no pudiendo ser catalogados dentro de un perfil profesional, subsistiendo por tanto las obligaciones de información de la entidad bancaria para la contratación de los productos.

En resumen, considerando que la prestación del consentimiento en un caso como el que nos ocupa sólo puede considerarse libre y voluntariamente efectuada tras haber cumplido la entidad prestadora del servicio de inversión con su obligación de información, necesariamente se ha de concluir que el prestado en este caso por la demandante lo fue viciado de error, esencial desde luego, al recaer sobre la esencia del producto financiero, (naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero) y excusable, en tanto el mismo habría estado provocado por el incumplimiento por parte

de la entidad bancaria de su obligación de información, cuando era en ella en la que los clientes confiaban el resultado de sus inversiones, y siendo por ello que, conforme a lo establecido en el artículo 1265 del Código Civil.

Por todo lo expuesto, ha lugar a estimar íntegramente las pretensiones de la actora en el presente procedimiento, considerándose el producto ofrecido absolutamente inidóneo atendiendo a su perfil ahorrador, procediéndose por parte de la entidad demandada a incumplirse sus obligaciones de información sobre la naturaleza y riesgos del producto, correspondiéndole a esta al encontrarnos ante un demandante consumidor.

**OCTAVO.-** De la cantidad debida devengan los intereses legales por mora en el pago, a tenor de los arts. 1100 y 1108 del CC.

**NOVENO.-** En materia de costas, al amparo del art. 394 de la LEC, al haberse estimado íntegramente las pretensiones de la parte actora, se hace expresa condena en costas a la parte demandada.

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

### FALLO

**Estimo íntegramente** la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> CONSOL CUADRA BAILE, en nombre y representación de ..., contra la mercantil BANKPIME, y en su virtud, **declaro** la nulidad de las ordenes de compra de los productos denominados bonos de Fergo Aisa, con confirmación de la operación en fecha 15 de octubre de 2007, así como de los bonos de Commerzbank, con confirmación de la operación en fecha 22 de octubre de 2007, y **condeno** a la demandada a pagar a la actora la cantidad de 44.411,51 euros, más los gastos de custodia directamente vinculados a estos valores contabilizados en el hecho tercero del escrito de demanda, a concretar en ejecución de sentencia por ser de devengo periódico, más intereses legales y costas.

Líbrese y únase certificación de esta resolución a las actuaciones con inclusión de la original en el Libro de sentencias.

Notifíquese a las partes haciéndoles saber que contra la presente resolución puede interponerse recurso de apelación en este Juzgado para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona en el plazo de veinte días desde su notificación.

Lo acuerda y firma Don Jordi Alvarez Morales, Juez del Juzgado de Primera Instancia número seis de Granollers, doy fe.

**EL MAGISTRADO-JUEZ**

**PUBLICACIÓN:** Leída y Publicada fue la anterior Sentencia por el mismo Magistrado-Juez que la ha dictado, estando constituido en Audiencia Pública, en el día de la fecha, ante mi la Secretaría Judicial. **-Doy fe.**