



Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Paseo Lluís Companys, 14-16 - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866050
FAX: 934866034
EMAIL:aps1.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0810142120128297022

Recurso de apelación 971/2016 -C

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 3 de L'Hospitalet de Llobregat
Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 1842/2012

Parte recurrente/Solicitante: BANCO DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, S.A.
"BANKPIME"
Procurador/a: Ivo Ranera Cahis
Abogado/a: JOSÉ LUIS RUIZ FLORES LALMOLD

Parte recurrida: ALEJANDRO SEBASTIAN LOPEZ, DOMINICA JULVE MORENO
Procurador/a: Antonio Cortada Garcia
Abogado/a: ÁLVARO DOMING GARCÍA

SENTENCIA Nº 234/2018

Barcelona, 30 de abril de 2018

La Sección Primera de la Audiencia provincial de Barcelona, formada por los Magistrados **Don Antonio RECIO CÓRDOVA, Dña Amelia MATEO MARCO y Dña. M^a Teresa MARTÍN DE LA SIERRA GARCÍA-FOGEDA**, actuando el primero de ellos como Presidente del Tribunal, ha visto el recurso de apelación nº **971/16** interpuesto contra la sentencia dictada el día 12 de enero de 2015 en el procedimiento nº 1842/12 tramitado por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de L'Hospitalet de Llobregat en el que es recurrente **BANCO DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA S.A. "BANKPIME"** y apelados **Don Alejandro SEBASTIAN LOPEZ y Dña. Dominica JULVE MORENO** y previa deliberación pronuncia en nombre de S.M. el Rey de España la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia antes señalada, tras los correspondientes Fundamentos de Derecho, establece en su fallo lo siguiente: "Que estimando íntegramente la demanda presentada por parte del Procurador de los Tribunales D. Antonio CORTADA GARCÍA en nombre y representación de D Alejandro SEBASTIÁN LÓPEZ y D^a Dominica JULVE MORENO contra la entidad "BANCA





DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, .S.A. (BANKPIME)” actualmente “IPME 2012, S.A.”, declarada en concurso de acreedores y representada por parte del Procurador de los Tribunales D. Ivo RANERA CAHÍS debo DECLARAR Y DECLARO nulo el contrato suscrito entre las partes litigantes en fecha 28 de Junio de 2005, de adquisición de 79 participaciones preferentes de “KAUPHING BANK” 6,25%, y debo CONDENAR Y CONDENO a la entidad “BANCA DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA S.A. (BANKPIME)” actualmente “IPME 2012, S.A.”, declarada en concurso de acreedores, al pago de la suma de 80.777,50 Euros a D. Alejandro SEBASTIÁN LÓPEZ y D^a Dominica JULVE MORENO, de la que deberán deducir los importes abonados por parte de la entidad demandada en su favor, en concepto de remuneración por la adquisición de los productos contratados. Cuantía que devengará el interés legal de los dinero del desde el 28 de Junio de 2005, hasta el dictado de la presente resolución, y el interés legal del dinero incrementado en dos puntos, desde la fecha de esta sentencia hasta su total pago.

Y todo ello, con expresa imposición de las costas procesales causadas a la parte demandada.”

Posteriormente se dictó auto de rectificación cuya parte dispositiva establece lo siguiente:

“Rectifico el error padecido en la redacción de la Sentencia nº 3/2015, en el sentido DE QUE DONDE DICE “En Hospitalet de Llobregat, a 12 de Diciembre de 2015” debe decir “En Hospitalet de Llobregat, a 12 de Enero de 2015.”

SEGUNDO.- Las partes antes identificadas han expresado en sus respectivos escritos de apelación y, en su caso, de contestación, las peticiones a las que se concreta su impugnación y los argumentos en los que las fundamentan, que se encuentran unidos a los autos.

Fundamenta la decisión del Tribunal la Ilma. Sra. Magistrada Ponente





Dña. Amelia MATEO MARCO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Planteamiento del litigio en primera instancia. Resolución apelada. Recurso de apelación.

Don Alejandro Sebastián López y Doña Dominica Julve Moreno, formularon demanda frente a BANCO DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA (BANKPYME) en la que solicitaron la declaración de nulidad radical de las operaciones de inversión consistentes en la adquisición de participaciones preferentes de la entidad islandesa "KAUPTHING BANK", y/o subsidiariamente, la resolución del Contrato de Administración con custodia de valores, junto con la indemnización de daños y perjuicios, como consecuencia del incumplimiento de obligaciones y mala praxis bancaria llevada a cabo por la demandada.

Alegaron los actores, en síntesis en su demanda, que tenían 70 y 67 años de edad, respectivamente, cuando realizaron la inversión, siendo unos absolutos ignorantes en materia financiera. Con fecha 28 de junio de 2005, el Sr. Sebastián llevó a cabo a través del empleado de la entidad, Don Ramón Manuel Villalba Alonso, gestor de carteras, la adquisición de las participaciones preferentes, que se aquél le recomendó. El producto ofrecido por la entidad a su instancia era un producto complejo, altamente ilíquido, subordinado, perpetuo y con unos riesgos que no fueron objeto de explicación, confiando en que la sucinta información verbal que se le dio era veraz, y por tanto, creyendo contratar unos productos distintos a lo realmente adquirido, puesto que le aseguró que se trataba de un plazo fijo sin riesgo alguno. La orden de compra y su confirmación no cumplían las obligaciones informativas exigidas sobre lo que se adquiriría y sus riesgos. La entidad demandada era una empresa que también asesoraba a sus clientes en sus inversiones sometidas a la normativa del Mercado de Valores, como prestadora de servicios de inversión. Eran minoristas de perfil conservador y nunca hubieran invertido en productos de riesgo como las participaciones





preferentes de KB si no hubiera sido a instancia de la demandada. Suscribieron una Cuenta de Valores, pero la realidad subyacente era que el empleado desempeñaba “de facto” funciones de gestor asesor, y a través del mismo se le posicionó en productos de alto riesgo, denominando “Renta Fija”, producto sin riesgo de trayectoria tradicional, a las participaciones preferentes. Fue a través de una vecina, Doña Pilar Alegría, como tuvo conocimiento de que a ésta se le había recomendado colocar su dinero en un plazo fijo que daba más de un 6 % de rentabilidad anual a través de pagos de intereses trimestrales, por lo que se personó en la oficina para informarse al respecto, y trasladó los ahorros de toda su vida como taxista, porque se le presentó el producto como seguro, dándole garantía cien por cien, como un plazo fijo. No se evaluó al cliente y se calificó el producto como sencillo cuando no lo era. En su caso, la CNMV concluyó que la actuación de la demandada había sido contraria a la normativa de aplicación del mercado de Valores. Ya en marzo del 2006 el Observatorio de Coyuntura Económica alertaba de los altos riesgos que estaban asumiendo los bancos islandeses, y el FMI había advertido que su tasa de morosidad era muy elevada. Fue cobrando el cupón trimestral hasta un mes antes de la quiebra de los bancos islandeses y su intervención gubernamental, y no fue hasta muy posteriormente cuando BANKPYME remitió cartas al demandante en las que le comunicaba la intervención de KB, producida en octubre de 2008. Se efectuaron reclamaciones al servicio de atención al cliente de la demandada, sin éxito.

Resuelta la declinatoria de jurisdicción por falta de competencia territorial propuesta por la demandada, se opuso ésta a la demanda.

Alegó BANKPYME, en síntesis, en su contestación, que fue el actor el que se dirigió a BANKPYME y no al revés porque nunca ha actuado como comercializadora ni colocadora de las participaciones preferentes de autos, sino como mera intermediaria. Es incierto que se dedicara a la banca de inversión sino que se trataba de banca comercial. Los servicios de inversión no los prestaba BANKPYME, sino otra sociedad. La propia actora reconoce que se le dieron explicaciones verbales al tiempo de la contratación. Si no se facilitó información por escrito adicional es porque el cliente no los pidió. La actora no





acredita que su voluntad interna y verdadera fuera adquirir títulos de renta fija seguros, y no hace falta ser muy espabilado para advertir que con un interés del 6,25 % no podía tratarse de una renta fija como los bonos del tesoro. El cliente recibía liquidaciones trimestrales con la información oportuna y anualmente el extracto de la información fiscal. En cualquier caso el personal del banco, sí advirtió al actor que lo que estaba peticionando comprar eran participaciones preferentes como producto complejo y de mayor riesgo que la renta fija pura, y lo que significaba en cuanto a rentabilidad, vencimiento, amortización y enajenación. En el 2005 se comercializaban participaciones preferentes en términos de absoluta normalidad sin advertencia alguna del regulador. La modificación de los ratings a la baja se produjo, pero cuando ya se había producido la drástica caída de su cotización. Fue el 14 de octubre de 2008 cuando se produjo el crash de la bolsa islandesa al desplomarse un 77 % de su valor en un solo día. Frente a la autoridad de una opinión aislada, que se señala la demanda, parecía mucho más fiable la información de las agencias de calificación internacionales sobre las entidades emisoras. Alegó también la falta de legitimación pasiva para la declaración de nulidad de un contrato en el que no había sido parte. También argumentó que la acción de nulidad radical no se podía acoger, y lo que en el fondo quería denunciar la actora era la anulabilidad por vicio de consentimiento. No hubo incumplimiento contractual, ni tampoco error en la prestación del consentimiento y tampoco hay obligación de resarcir a quien con sus propios actos durante años ha consentido la situación sin ningún tipo de protesta. Alegó también la ruptura del nexo causal determinante de la no exigencia de responsabilidad y la imposibilidad de resarcimiento de daños latentes no materializados, pues al no haber venta de los títulos no hay pérdida efectiva. Para el supuesto de que se considerase que el importe del daño es la inversión, sería necesario compensar con todos los beneficios cobrados, y, subsidiariamente, alegó la improcedencia de exigir intereses legales incrementados en dos puntos.

La sentencia de primera instancia considera que la naturaleza de la relación contractual mantenida entre las partes fue la de compraventa asesorada y no simple intermediación y custodia de valores, con las obligaciones que ello





comportaba de acuerdo con la normativa sectorial, por lo que desestima la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta. Razona que la pretensión de la actora se encuadra en la nulidad del contrato por vicio de consentimiento, y no en la nulidad radical, sin que su examen cause indefensión a la demandada, pues pudo realizar todas las manifestaciones y proponer prueba, como lo demuestra que en la audiencia previa alegara la caducidad, que examina y desestima. En cuanto al error, considera que no se ha probado que se proporcionase al actor la información requerida, amén de que se le recomendaron estos productos sin conocer ni su perfil inversor ni sus conocimientos o capacidades, por lo que declara la nulidad del contrato.

Contra dicha sentencia se alza la demandada alegando: 1) Incongruencia de la sentencia; 2) infracción procesal de incongruencia al haber dado cosa distinta a la pedida; 3) caducidad de la acción de anulabilidad; 4) falta de legitimación pasiva de la demandada por no poderse declarar los efectos de la anulabilidad entre quienes no han sido parte en el contrato; 5) Inexistencia de error en el consentimiento y errónea valoración de la prueba; 6) Inexistencia de incumplimiento contractual sobre la diligencia informativa; 7) falta de pronunciamiento sobre la alegación de caso fortuito o fuerza mayor como ruptura del nexo causal; 8) subsidiariamente, infracción por inaplicación del art. 1303 CC; 9) Indebida imposición de costas en caso de estimación parcial de pretensiones.

Los actores se han opuesto al recurso.

SEGUNDO. Incongruencia. Inexistencia.

La primera razón por la que combate la demandada la sentencia de primera instancia es porque considera que la misma ha incurrido en incongruencia, *ultra*, o *extra petita*, porque se ejercitó la acción de nulidad radical por inexistencia de consentimiento provocado por incumplimiento de suministro diligente de información financiera en la contratación, y subsidiariamente, se accionó denunciando incumplimiento contractual, pero en ningún momento se





ejercitó la acción de anulabilidad por consentimiento viciado, como ya se puso de relieve en la audiencia previa, aunque a efectos dialécticos se invocara la caducidad de la misma.

Por incongruencia “*extra petitum*” se suele aludir tanto a la sentencia que concede lo no pedido como a la que lo concede o deniegue por causas distintas a las alegadas.

Las pretensiones de las partes, que identifican el objeto del proceso actúan como límite de la congruencia y a ello se refiere el art. 218 LEC, al indicar que “*las sentencias deben ser congruentes con las demandas y demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito*”.

Al margen de los sujetos, los hechos, los fundamentos o causa de pedir y el “*petitum*” propiamente dicho, como elementos que integran las pretensiones, deberán ser respetado por el tribunal en sus sentencia si no se quiere correr el riesgo de incurrir en incongruencia.

El debido respeto a los hechos y a lo pedido por las partes constituye así una exigencia del concepto de congruencia, aun cuando no se mencione expresamente en el art. 218 LEC.

A la causa de pedir, sin embargo, se refiere el apartado 2 del art. 218.1º, en los siguientes términos:

“El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes”.

Por tanto, conforme al precepto transcrito, el tribunal no está vinculado con los argumentos jurídicos que invoquen las partes y si, por el contrario, con la causa de pedir, dado que el principio “*iura novit curia*” permite al juez, sin incurrir





en incongruencia, dar a los hechos una calificación jurídica distinta y hacer uso de las normas que estime pertinentes.

En este sentido el propio Tribunal Constitucional ha razonado que *“la doctrina sobre la congruencia de las sentencias se integra por la adecuación de la parte dispositiva de aquéllas y los términos de las pretensiones formuladas por las partes en el proceso; sin embargo, esa exigencia constitucional es perfectamente compatible con el principio “iura novit curia” (STC 95/1993, de 22 de marzo).*

En el caso de autos, si bien es cierto que en la demanda se decía ejercitar la acción de nulidad radical de la adquisición, lo cierto es que toda la argumentación se centraba en la existencia de error vicio, e incluso entre los fundamentos jurídicos se invocaban los preceptos relativos a los vicios de consentimiento, por lo que, en puridad, ni siquiera estaríamos ante una aplicación del principio “iura novit curia”, sino simplemente ante la correcta denominación de una acción que en la demanda no se acertó a identificar bien, pues no era la de nulidad radical, sino la de nulidad relativa, o anulabilidad, y cuya estimación da lugar, en ambos casos, a que se declare la nulidad del contrato en relación con el cuál se ha ejercitado.

Prueba de cuál era la acción que se estaba ejercitando es la propia contestación de la demanda en la que el Letrado de la demandada no dudó en afirmar que lo que en realidad se estaba denunciando era la anulabilidad por vicio de consentimiento, y a combatir la existencia de ese vicio dedicó toda su argumentación.

Además, incluso opuso la excepción de caducidad de la acción de nulidad relativa, o anulabilidad, siquiera fuera, como dijo entonces, a efectos dialécticos, por si se estuviera ejercitando aquélla.

En conclusión, la sentencia de primera instancia no ha incurrido en incongruencia alguna.





TERCERO. Caducidad de la acción. Inexistencia.

BANKPYME alega en su recurso que la sentencia confunde los dos contratos, el contrato de orden de suscripción de valores y el contrato de administración y custodia de valores. El primero sería una mediación en una compraventa pura y simple, que se agotaría con el cumplimiento del encargo del cliente, y el segundo sí que sería un contrato de tracto sucesivo. Pero el primero no se trata de un contrato de tracto sucesivo, y por tanto la acción de nulidad estaría caducada.

Sabido es que el art. 1301 CC establece: *“La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr:*

(...) En los (casos) de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato”.

Los actores adquirieron las participaciones preferentes el que constituyen el objeto del procedimiento, el día 28 de junio de 2005, pero aunque convengamos con la apelante que no estamos ante un contrato de tracto continuado, sino de tracto único, lo cierto es que la acción no está caducada, si nos atenemos a la interpretación jurisprudencial del art. 1.301 CC, en relación con los contratos de la naturaleza del que constituye objeto de este pleito.

La STS de 12 de enero de 2015 se refirió ya expresamente a la cuestión del cómputo del plazo para ejercitar la acción de anulación de contratos financieros o de inversión complejos por error en el consentimiento, como el de autos, en los siguientes términos:

“Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a « la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas »,





tal como establece el art. 3 del Código Civil.

La redacción original del artículo 1301 del Código Civil , que data del año 1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los « contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente », quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción.

La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión, actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes





de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error.”

En el caso de autos, según el relato que se contiene en la demanda las demandantes no habrían podido conocer las características de los productos financieros que habían adquirido sino hasta que dejaron de cobrar los cupones, lo que sucedió un mes antes de la quiebra del banco y su intervención, producida en octubre del año 2008.

Por tanto, no fue hasta ese momento, cuando por primera vez pudieron darse cuenta de la existencia del error, sin que conste que dicho conocimiento se hubiera producido en una fecha anterior, por lo que de acuerdo con la doctrina contenida en la anterior sentencia, es claro que no había transcurrido el plazo de cuatro años en el momento de interponer la demanda, el día 30 de julio de 2012, lo que ha de llevar a desestimar la excepción.

CUARTO. Falta de legitimación pasiva. Desestimación.

Alega también la apelante, como motivo de su recurso, su falta de legitimación pasiva en relación con la acción de anulabilidad, al no haber sido parte en el contrato, pues fue una mera mandataria, que no percibió el precio, sino que medió para que lo percibiera el emisor.

Tampoco esta alegación puede acogerse.

La orden de suscripción es el contrato en virtud del cual los actores se convirtieron en titulares de las participaciones preferentes.

El fundamento de su pretensión de nulidad es que el consentimiento que prestaron estuvo viciado por un error provocado por la falta de información





imputable a BANKPYME, que fue la única que intervino en el contrato, -no así la emisora-, por lo que esta parte estaría perfectamente legitimada en relación con la acción de nulidad.

En este sentido se pronunció la STS de 24 de octubre de 2016, en relación con una adquisición de participaciones preferentes en que la entidad comercializadora no era la emisora, al razonar:

“Sin perjuicio de quién fuera la entidad emisora de las participaciones preferentes, a los efectos del presente proceso, se sobreentiende que su comercialización se realizó entre Bankinter y los demandantes, razón por la cual la nulidad afecta exclusivamente a esta comercialización y los efectos consiguientes alcanzan a una y otros, partes en la comercialización.”

QUINTO. Valoración de la prueba sobre la existencia del error y la información proporcionada. Consideraciones generales.

La demandada alega en su recurso que la sentencia de primera instancia declara la existencia de error en el consentimiento porque la información facilitada a los actores no fue la adecuada, lo que considera que no se acomoda al resultado de la prueba testifical practicada. Y, además, que se funda la causación del error en la inobservancia de las obligaciones de información veraz y completa a que se refiere la normativa de la LMV, cuando en aquella época ni una sola entidad intermediaria de valores del país hacía lo que ahora la Juzgadora está echando en falta, lo que considera una injusticia.

Pues bien, a la hora de dar respuesta a las alegación de la apelante conviene recordar que el reforzamiento del estricto deber de información a que responden el conjunto de las normas contenidas en la Ley de Mercado de Valores (LMV), por incorporación a nuestro ordenamiento de la denominada normativa MiFID, lo que tuvo lugar mediante Ley 47/2007, de 19 de diciembre, ya estaba previsto en el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, que desarrollaba





las previsiones contenidas en los arts. 33, 44, 78 y 86 de la LMV, el cual quedó refundido junto con el Real Decreto 867/2001, de 20 de julio, en el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión.

El art. 5 del Anexo del RD 629/1993, de 3 de mayo ya establecía en su Anexo, conteniendo el Código general de Conducta, la obligación de obtener información de los clientes *“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 (art. 4)”*, así como la de proporcionarla a aquéllos, en el art. 5:

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

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

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

A dicha obligación de información se refirió con carácter primordial la jurisprudencia del Tribunal Supremo en SS 20 enero 2014 o 8 julio 2014, entre otras muchas. Por lo que se refiere en concreto al deber de información antes de la transposición de la normativa MiFID, basta citar la STS, Pleno, de 18 abril 2013, en la que se alude incluso a la toma en consideración de la progresión en





la protección del inversor que supone la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), a la hora de interpretar las obligaciones de la empresa que prestaba los servicios de inversión, aun cuando las partes concertaran el contrato antes de haber transcurrido el plazo de transposición.

Podemos resumir la referida jurisprudencia en palabras de la STS de 8 de julio de 2014:

“Se dijo, y se mantiene, que la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y los clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe comercial, a la que ya se había referido esta Sala en la STS nº 244/2013, también del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso nº 1979/2011 , en la que -aunque dictada en un proceso sobre un contrato de gestión discrecional de cartera de inversión concertado antes de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva MiFID- se analizó el alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor y en concreto el elevado estándar de información exigible a la empresa que presta el servicio de inversión; ahora, esta Sala debe reiterar en la presente sentencia los criterios de interpretación y aplicación de esa normativa y la incidencia de su incumplimiento en la apreciación de error vicio del consentimiento.

Conforme a esta línea jurisprudencial, el cliente debe ser informado por el banco antes de la perfección del contrato de los riesgos que comporta la operación especulativa, como consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el artículo 7 CC , y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias (art. 79 bis LMV, apartados 2 y 3 ; art. 64 RD 217/2008).”





Es decir, la obligación de información a que hace referencia la sentencia de primera instancia ya existía en el año 2005, en que se comercialización las participaciones preferentes de autos, por lo que no puede escudar la apelante su incumplimiento en el hecho de que otras entidades tampoco lo cumplieren.

SEXO. Comercialización de las participaciones preferentes. Infracción del deber de información.

Sentado lo anterior, procede ahora pasar a examinar cual fue la información que se proporcionó a los actores, o mejor dicho, al actor, porque fue él quien llevó a cabo la contratación de los títulos.

Sostiene la apelante que el análisis de la única prueba que se practicó, que fue la del empleado que llevó a cabo la comercialización, Sr. Villalba, acredita un escenario muy distinto del que se refleja en la sentencia.

No es esa la conclusión a la que llega este tribunal. Y, además, ha de tenerse en cuenta que la información que proporcionó el Sr. Villalba fue toda la información que recibieron los actores sobre la naturaleza y riesgos de las participaciones preferentes que adquirieron, porque como ha reconocido la demandada, no se les entregó ninguna información por escrito, a través de trípticos o folletos y tampoco constaba ninguna información en la orden de compra, que suscribió el actor el mismo día en que acudió a la oficina de la demandada a interesarse por el producto.

Pues bien, en su declaración manifestó ese testigo que realizaba labores de asesoramiento y se refirió como rasgo principal del actor que venía porque otra clienta le había recomendado este producto. Declaró que no tenían entonces folletos informativos, más allá de una documentación muy voluminosa, en inglés, y una ficha interna, pero que le dio las explicaciones sobre el producto de forma verbal. Se refirió a que se trataba de un producto de renta fija, de muy buena rentabilidad y que hasta entonces no había dado ningún problema, que





incluso recomendó a personas de su familia. Por lo que se refiere a su carácter perpetuo, manifestó que en el peor de los casos, si el emisor no lo amortizaba, lo que ocurría es que el cliente seguía cobrando el cupón. Y, al ser preguntado por los riesgos de los que informó sobre el producto, dijo que efectivamente no era un plazo fijo, pero que era de una entidad que en aquella época estaba calificada por las principales agencias de calificación como de A A, seguro, y que se vendió a los clientes en el absoluto convencimiento de que estaban vendiendo un buen producto y seguro. Y, en cuanto a los riesgos, aludió a que era lo mismo que si se compran bonos del Banco Santander aunque se tratase de un producto diferente, y que tenía liquidez porque se comercializaba a través del mercado secundario, si bien reconoció que en la actualidad no había mercado. Cuando se produjo la quiebra, declaró el testigo que les comunicó que al estar intervenido el banco por el gobierno islandés, en teoría, se les tendría que dar alguna salida.

De la anterior declaración puede deducirse que lo único que transmitió el testigo fueron las ventajas del producto, pero no los riesgos del mismo, y como especialmente relevante, su carácter perpetuo, y lo que ello significaba, de tener que acudir al mercado secundario para recuperar la inversión, y lo más relevante, si se tiene en cuenta que los demandantes no eran inversores profesionales, como era el riesgo de pérdida de la inversión, total o parcial, en caso de insolvencia del emisor, en el sentido exigido en SSTS 460/2014, de 10 de septiembre, y 625/2016, de 24 de octubre de 2016, entre otras.

En conclusión, la demandada no cumplió con las obligaciones de información que pesaban sobre ella.

Alega también la apelante que no es justo que se le exija una diligencia propia de un asesor de inversiones, *“de esos que cobran una importante comisión sobre las ganancias de sus clientes”*, cuando el contrato que firmó con ella no fue más el de simple custodia de depósitos e intermediación en la compra con suministro de información o recomendaciones no individualizadas.

Tampoco estamos de acuerdo con esa configuración de la relación





existente entre las partes, porque según se establece en el art. 4.4.4 de la Directiva 2004/39/CE, aclarado por el art. 52 de la Directiva 2006/73/CE (STJUE caso Genil 58 S.L., y STS 20 de enero de 2014), se presta un servicio de asesoramiento cuando se efectúa *“(una recomendación personalizada a un inversor) que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución destinados al público.*

Es decir, aunque no existiese una relación jurídica de asesoramiento, establecida de manera continuada, como ya hemos tenido ocasión de señalar en otras ocasiones, cabe advertir asesoramiento en materia de inversión, y aquí se advierte, cuando exista una recomendación sobre instrumentos financieros concretos, ya sea explícita o implícita, siempre que la recomendación sea personalizada, es decir, que se presente como idónea al inversor basándose en sus circunstancias personales, que es lo que ocurrió en este caso, pues se presentó este producto al actor como adecuado a su perfil, que no era el de inversor, sino el de simple ahorrador.

SEPTIMO. Nulidad por error-vicio.

La apelante alega que la sentencia de primera instancia no se ha pronunciado sobre su alegación de caso fortuito o fuerza mayor como ruptura del nexo causal, lo que le produce indefensión.

Sostiene que la contratación de autos fue en fecha 28 de junio de 2005, y los datos de la bolsa islandesa eran positivos hasta finales del año 2007, produciéndose el desplome a mediados del 2008, en un solo día, al perder los tres bancos principales del país casi todo su valor en bolsa. En definitiva, que la única razón por la que se le demanda es porque se ha perdido prácticamente toda la inversión, y eso no se ha producido porque la información suministrada haya sido una u otra sino por un evento ajeno a la esfera de control de BANKPYME y de todos los operadores financieros de todo el mundo, incluidos los más prestigiosos bancos de inversiones.





Pues bien, en relación con esta alegación ha de señalarse que no cabe duda que la crisis económica internacional provocó la caída de todas las bolsas del mundo y, entre otras consecuencias, la quiebra de los dos primeros bancos de Islandia. La cuestión no es que BANKPYME no informara de ello, no podía hacerlo porque no lo sabía. En eso estamos de acuerdo. La cuestión es que no informó de que si pasaba eso los actores podían perder su inversión.

Es decir, no informó de los riesgos estructurales del producto, ya que la rentabilidad no estaba garantizada porque dependía de la existencia de beneficios sociales del emisor, y lo mismo ocurría con el llamado “riesgo del mercado”, porque como instrumentos financieros no tenían garantizado que el precio de cotización en cada momento excediese o igualase el valor nominal, ni tampoco informó de que podía perder totalmente su valor, pero precisamente porque el riesgo era estructural de los productos es por lo que debió informarse del mismo, y no consta que se informase de todo ello a los actores, en especial, de que la recuperación del capital invertido no estaba garantizada. La posibilidad de recuperar el dinero de forma más o menos rápida porque en la época en que se comercializaron las participaciones preferentes estaba abierto el mercado secundario y porque la entidad emisora aparecía como solvente, no era un rasgo constitutivo, sino meramente coyuntural, y desde luego no por ello podían asimilarse a un producto seguro y sin riesgo, que es como se comercializaron.

También alega que, en cualquier caso, aunque se llegara a declarar que el incumplimiento de las obligaciones contractuales dio lugar al error, lo que causó el daño no fue el error pues el resultado habría sido el mismo aunque se hubiera informado como pretende la sentencia, pues los inversores habrían realizado la contratación del mismo producto porque eran productos usuales, rentables y con emisores solventes, y la inversión se habría perdido o malogrado igualmente porque nadie podía prever una crisis y quiebra como las que se produjeron.

En relación con esta última alegación sólo cabe señalar que según ha señalado la jurisprudencia, por ej. en S. 625/2016, de 24 de octubre:





“ El que se imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como las participaciones preferentes, el deber de suministrar al cliente inversor no profesional una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir «orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos», muestra que esta información es imprescindible para que el inversor no profesional pueda prestar válidamente su consentimiento. De tal forma que el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata, pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada. Y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.

6. *Es jurisprudencia constante de esta sala que «lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Sin perjuicio de que en estos casos hayamos entendido que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. No es que este incumplimiento determine por sí la existencia del error vicio, sino que permite presumirlo» (sentencia 560/2015, de 28 de octubre , con cita de la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014).”*

Así pues, en el caso de autos, como en el analizado por la sentencia citada, debe operar la presunción de error vicio como consecuencia de la falta de acreditación del cumplimiento de prestar una información clara y completa sobre los concretos riesgos que los actores asumían con la contratación de las





participaciones preferentes del Banco "KAUPTHING BANK".

Y, también aquí, la apreciación del error o defecto de representación de los verdaderos riesgos asociados a las participaciones preferentes contratadas, en concreto que podían perder la inversión en caso de insolvencia del emisor, lleva implícito que los actores, -como razonó el alto tribunal en aquel caso-, de haberlos conocido, no las hubieran contratado, por lo que procede confirmar la declaración de nulidad efectuada por la sentencia de primera instancia.

OCTAVO. Consecuencias de la nulidad.

Alega también la apelante que de conformidad con el art. 1303 CC, BANKPYME sólo tendría que devolver lo que percibió que fueron unas comisiones por la administración y custodia de los depósitos. Y, subsidiariamente, en el caso de que se desestimara esta alegación, añade que la sentencia no acuerda la completa recíproca restitución de prestaciones como impone el art. 1.303 CC, porque nada dice de los títulos.

Por lo que se refiere a la primera alegación, la misma no puede sino desestimarse porque la nulidad que se acuerda es la del contrato de adquisición de 79 participaciones preferentes, suscrito el día 28 de junio de 2005, según ya se ha razonado al resolver sobre la legitimación pasiva de la demandada.

Y, por lo que hace a los efectos restitutorios, serán los establecidos en el art. 1303 CC.

La sentencia, sin embargo, no se ajusta a lo establecido en ese precepto, porque no acuerda que la demandada restituya la cantidad de 80.775,50 € con los intereses legales de la misma desde la fecha en que fue entregada; y los actores, a su vez, el importe de los rendimientos percibidos, más los intereses desde la fecha de su recepción, que hubiera sido lo correcto. Sino que condena a la demandada a devolver a los actores la cantidad de 80.775,50 €, menos el importe de los rendimientos percibidos, y establece que la cantidad que resulte





devengará intereses a favor de los actores desde el día 28 de junio de 2005.

En cualquier caso, no se ha cuestionado dicha decisión por ninguna de las partes, por lo que la misma permanecerá incólume. Pero sí que lleva razón la apelante en que el hecho de conservar los actores las participaciones preferentes se compadece mal con la recíproca restitución de prestaciones que impone el art. 1.303 CC, por lo que, aunque las mismas carezcan de valor en la actualidad, ya que no existe mercado en el que se puedan comercializar, según reconoció el testigo, Sr. Villalba, deberán ser entregadas a la demandada porque se desconoce la evolución que puedan sufrir en un futuro.

NOVENO. Costas.

La apelante también alega la existencia de dudas jurídicas sobre las cuestiones planteadas para fundamentar su pretensión de que no se le impongan las costas, pero esta Sala tampoco comparte su apreciación.

Las cuestiones jurídicas planteadas en esta litis han sido resueltas de forma constante y uniforme en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que es la única que tiene tal consideración según el art. 1.6 CC.

Y, en cuanto a las consecuencias restitutorias de la nulidad, la jurisprudencia tiene declarado reiteradamente que nacen de la ley y no necesitan petición expresa (SS. 24 febrero 1992, 11 febrero 2003, 20 junio 2001, entre otras) en razón al principio "*iura novit curia*" por "*no representar alteración en la armonía entre lo suplicado y lo concedido*" (22 noviembre 1983, 24 febrero 1992), por lo que el hecho de que no se soliciten con total precisión y la sentencia dictada difiera en este extremo de la demanda no implica que la estimación haya sido parcial a la hora de decidir sobre la imposición de costas, cuyo pronunciamiento se mantendrá, en virtud de lo establecido en el art. 394.1 LEC.

No obstante lo anterior, la decisión sobre la entrega de los títulos, que se





acoge en esta alzada, sí que supone una estimación parcial del recurso, por lo que no procede imponer las costas del mismo (art. 398.2 LEC).

FALLO

EL TRIBUNAL ACUERDA: Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por BANCO DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA (BANKPIME) contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de L'Hospitalet de Llobregat en los autos de que este rollo dimana, la cual modificamos en el único extremo de declarar que los actores deberán entregar a la demandada los títulos objeto del procedimiento, confirmándola en el resto, sin hacer pronunciamiento sobre las costas de la alzada.

Procédase a la devolución del depósito consignado al apelante.

La presente sentencia podrá ser susceptible de recurso de casación si concurren los requisitos legales (art. 469-477-disposición final 16 LEC), y se interpondrá, en su caso, ante este Tribunal en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de la presente.

Firme esta resolución, devuélvase los autos al Juzgado de su procedencia, con certificación de la misma.

Pronuncian y firman esta sentencia los indicados Magistrados integrantes de este Tribunal.

