

Juzgado de Primera Instancia Nº.3.  
Hospitalet del Llobregat.  
Juicio Ordinario Nº. 1.842/12.

## SENTENCIA 3/2015

En Hospitalet del Llobregat, a 12 de Diciembre de 2015.

Vistos por mí, Sandra MARTÍN CLAVER, Titular del Juzgado de Primera Instancia Nº.3 de este partido judicial, las actuaciones de Juicio Ordinario Nº. 1.842/12 promovidos por parte de D. [REDACTED] y D<sup>a</sup>. [REDACTED] representados por parte del Procurador de los Tribunales D. Antonio CORTADA GARCÍA y asistidos por parte del Letrado D. Álvaro Domínguez GARCÍA GRAELLS 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 y asistida por parte del Letrado el Sr. Jose Luis RUIZ FLORES, sobre declaración de nulidad contractual y reclamación de cantidad, resolución contractual e indemnización de daños y perjuicios.

### ANTECEDENTES DE HECHO.

**PRIMERO:** Por parte de D. [REDACTED] y D<sup>a</sup>. [REDACTED] mediante escrito presentado en fecha 30 de Julio de 2012, se promovió, ante el Partido Judicial de Zaragoza, demanda de Juicio Ordinario sobre declaración de nulidad radical de contrato y reclamación de las sumas abonadas por parte de los hoy demandantes, y subsidiariamente, resolución contractual e indemnización de daños y perjuicios, contra la entidad financiera "BANCA DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, S.A. (BANKPIME)", al entender que aquéllos habían incurrido en error en el momento de la adquisición de participaciones preferentes "KAUPTHING BANK" 6,25%, en fecha 28 de Junio de 2005, por importe nominal de 79.000 Euros, al no haber sido informados debidamente los codemandantes

respecto a la naturaleza compleja de los productos suscritos, así como tampoco, de los riesgos que asumían con dicha contratación, señalando a su vez, que en ningún caso se adaptaban a su perfil de inversor minorista. Información que le era plenamente exigible a la entidad hoy demandada, de acuerdo a la normativa vigente con relación a los contratos de gestión de valores con obligación de asesoramiento, como el objeto del presente procedimiento.

Por todo ello, una vez alegados los fundamentos de derecho que tuvieron por conveniente, interesaron que se dictara sentencia en el sentido de declarar la nulidad radical de la orden de compra de los productos anteriormente señalados, condenando a la entidad "BANCA DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, S.A. (BANKPIME)" a reintegrar a los actores la suma de 80.777,50 Euros, valor real de la inversión realizada, más los intereses legales. Y subsidiariamente, se declarase el incumplimiento en el que había incurrido dicha entidad de las obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta de los instrumentos objeto de las actuaciones, y se declarasen resueltos los contratos suscritos por los actores, anteriormente referidos, con la obligación de abonar la entidad "BANCA DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, S.A. (BANKPIME)" la indemnización por razón de los daños y perjuicios causados, cuantificados en la suma de 80.777,50 Euros, más los intereses legales.

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

**SEGUNDO:** Una vez admitida la correspondiente demanda, en virtud de Auto dictado en fecha 5 de Noviembre de 2012, y planteada la correspondiente declinatoria por falta de competencia territorial por parte de la entidad demandada, se acordó la inhibición de las presentes actuaciones a este Partido Judicial, las cuales fueron repartidas a este órgano jurisdiccional en fecha 12 de Diciembre de 2012.

En virtud de Decreto dictado en fecha 23 de Mayo de 2013, se admitió a trámite la demanda, y se dio curso por los trámites del juicio ordinario, emplazando a la entidad bancaria demandada.

**TERCERO.-** En fecha 1 de Julio de 2013, la mercantil "BANCA DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, S.A. (BANKPIME)" presentó escrito de contestación a la demanda, en el sentido de oponer la excepción de falta de legitimación pasiva "*ad causam*", por entender que la parte actora no ejercitaba una acción de nulidad de la orden de compra de valores, suscrita con la entidad demandada, en atención al contrato de compra de valores y administración de

depósitos convenido entre las partes litigantes, sino que interesaba la nulidad del contrato en virtud del que adquirieron las participaciones preferentes controvertidas y emitidas por otra entidad ajena al procedimiento, lo cual comportaba la imposibilidad de exigir la devolución de las prestaciones económicas derivadas de dicho contrato a la entidad demandada, del que no resultaba parte obligada.

En segundo lugar, determinaba que el contrato impugnado no era nulo de pleno derecho, sino que sería anulable, en su caso, por haber incurrido las partes demandantes en un vicio en el consentimiento en el momento de su suscripción, y que la naturaleza de aquel contrato no respondía al propio de un asesoramiento en inversiones, como determinó la parte demandante en su escrito de alegaciones, sino que la entidad demandada sólo intervino como intermediaria en la compra de los productos controvertidos, suscribiendo un contrato de administración de depósitos con los demandantes.

En tercer lugar, negaba la existencia de error en el consentimiento prestado por parte de los actores al respecto de la suscripción de los contratos de adquisición de participaciones preferentes controvertido; y a su vez, entendía que había sido suministrada la información necesaria, imprescindible y exigida legalmente a la entidad demandada, para su comercialización, en atención al perfil inversor de los demandantes.

Y finalmente, negaba la existencia de nexo causal entre un posible incumplimiento contractual y el daño cuantificado por los actores, en la suma reclamada en el presente procedimiento en concepto de indemnización, al concurrir fuerza mayor o caso fortuito al respecto, en atención a la crisis económica mundial padecida a partir del mes de Octubre de 2007.

Es por todo eso que, una vez alegados los fundamentos de derecho entendió de aplicación, la entidad demandada interesó se dictase sentencia desestimatoria de las pretensiones ejercitadas por de los hoy actores, con expresa imposición de las costas procesales causadas a éstos.

**CUARTO:** Una vez admitida la contestación a la demanda formulada, las partes litigantes fueron citadas para la celebración del acto de la Audiencia Previa para el día 19 de Noviembre de 2013.

Llegado el día señalado, aquéllas comparecieron asistidas por Letrado y representadas por Procurador de los Tribunales, y manifestaron que no habían podido llegar a ningún acuerdo con relación al objeto de controversia.

Seguidamente, la parte demandante se ratificó en su escrito de demanda, y la parte demandada, no alegó la concurrencia de ninguna excepción procesal que impidiese la correcta prosecución del procedimiento y su finalización por sentencia, y



de los instrumentos controvertidos.

Y finalmente, en cuanto a la realidad, efectividad y cuantificación del perjuicio causado a la parte actora como consecuencia de un posible incumplimiento contractual imputable a la parte hoy demandada.

Si bien, las partes litigantes manifestaron su conformidad al respeto de la adquisición de los productos anteriormente referidos (Doc. N°. 3 de la demanda) por parte de D. [REDACTED] y D<sup>a</sup>. [REDACTED] con la intervención de la entidad "BANCA DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, S.A. (BANKPIME)", por el importe de 80.777,50 Euros, habiendo recibido éstos las sumas dinerarias correspondientes a los cupones convenidos en la suscripción de los referidos productos financieros durante la vigencia de la relación contractual.

**SEGUNDO.- Naturaleza de los contratos suscritos. Falta de legitimación pasiva "ad causam":** De acuerdo al expuesto anteriormente, deberemos proceder al análisis de la naturaleza de los contratos suscritos entre las partes hoy litigantes, que fundamentaron la adquisición de las participaciones preferentes objeto de controversia.

Y así, y por una parte, en contravención a lo manifestado por la entidad financiera demandada en su escrito de contestación a la demanda, presentado en fecha 1 de Julio de 2013, debemos señalar que la actuación de esta entidad, a través de D. [REDACTED], como director de una de sus oficinas, con el fin de formalizar la adquisición de los productos controvertidos, no consistió simplemente en una simple intermediación para la compra de éstos, y posterior depósito y custodia de los valores, sino que como manifestó aquél en el acto de la vista, celebrada en fecha 13 de Marzo de 2014, en calidad de testigo, pese a no recordar de forma precisa el contenido de la conversación mantenida inicialmente con D. [REDACTED] al respecto, que el codemandante compareció en la oficina bancaria por recomendación de otra cliente, interesando la adquisición de los productos financieros antedichos u otros, de análoga naturaleza, y que finalmente, a pesar de que dispusiese el testigo deponente, de otro tipo de participaciones preferentes comercializables, así como, de otros productos bancarios y de inversión, que en su caso, podían adaptarse al perfil inversor de D. [REDACTED], le aconsejó la adquisición de las participaciones preferentes controvertidas, comportando la suscripción no sólo de la orden de compra, aportada como documento N°. 3 de la demanda, sino que también, de los contratos de "Cuenta Bankpime" y "Cuenta Valores Bankpime", aportados como documento N°. 16 de la demanda. Resultando asimismo difícilmente asumible por esta Juzgadora que los hoy demandantes y en concreto, D. [REDACTED], en

atención a su edad, formación y perfil inversor (Docs. N° 2 y 51 de la demandada, aportado por la parte actora, a las actuaciones, éste último en fecha 29 de Noviembre de 2013, e informe pericial, Doc. N° 41 de la demanda, folio 7), hubiese interesado a la entidad demandada la adquisición de este tipo de productos financieros de carácter complejo, de forma directa y específica, descartando de inicio cualquier tipo de inversión de análoga o diferente naturaleza, sin previo asesoramiento por parte del comercial de la sucursal bancaria correspondiente. Máxime cuando ninguna prueba se practicó en las presentes actuaciones para contravenir dicha afirmación, por la parte demandada, en recta aplicación de la normas relativas a la carga probatoria, previstas en el Art. 217 de la L.E.C..

Por ello, cabe decir que la naturaleza de la relación contractual mantenida entre los hoy demandantes y la entidad "BANCA DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, S.A. (BANKPIME)", iniciada en virtud de la orden de compra anteriormente señalada, debe ser calificada como de compraventa asesorada y no de simple intermediación y custodia de valores, como pretendió determinar la entidad demandada en su escrito de contestación a la demanda, pese a no disponer de base documental probatoria específica al respeto y haber sido requerida a tal efecto de forma reiterada, así como a la entidad cesionaria de sus derechos, la entidad "CAIXA BANK, S.A." (en fecha 13 de Diciembre de 2013, 8 de Abril de 2014 y 22 de Abril de 2014).

Contrato de compraventa asesorada que debe distinguirse claramente de aquellos otros existentes en las prácticas bancarias, como son los de gestión o asesoramiento financiero y de inversión, de diferente naturaleza y destinatarios, que comportan, en la mayoría de los casos, contraprestaciones, responsabilidades y participación en las ganancias obtenidas, por parte del asesor que interviene en la operación financiera realizada, resultando los primeros, de conformidad a aquello establecido por el Art. 71 en relación a el Art. 76 de la Ley del Mercado de Valores (en la redacción anterior a la reforma por Ley de 19 de Diciembre de 2007), ya sujetos a las exigencias previstas en los Arts. 79 y ss de la mencionada Ley, con relación a una serie de normas de conducta aplicables a todas las personas o entidades que ejerciesen, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercado de valores, relativas a la diligencia y transparencia, en interés de sus clientes y en la defensa de la integridad del mercado, consistente en el hecho de disponer de toda la información necesaria sobre sus clientes, así como de la obligación de mantenerlos suficientemente informados *"de modo que puedan comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa"*. *"La información referente a los*

*instrumentos financieros deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos. "Toda información dirigida a los cliente, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa."* (Art. 79 de la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores); y a su vez, la Ley 26/1988, de 29 de Julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su Art. 48.2, añadía que con la finalidad de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, las relaciones contractuales entre estas y sus clientes debían estar presididas por el principio de formalización por escrito de los contratos suscritos, haciendo constar de forma explícita y necesariamente, de forma clara, los compromisos y derechos que cada una de las partes asumía, ante las posibles eventualidades que cada clase de operación pudiese padecer.

Y en el mismo sentido, a lo dispuesto en el RD 629/1993, sobre Normas de Actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, de 3 de Mayo, que determinaba, ex Art. 4, que las órdenes de los clientes, con relación a valores, debían ser claras y precisas en su alcance y contenido, de tal manera que tanto la persona ordenante como el receptor debía conocer con exactitud sus efectos, teniendo que entregar (Art. 15) el documento contractual y una copia de las comisiones y gastos repercutibles; incorporando las normas de valoración y disposición de los fondos y valores aplicables a la operación realizada; y, de acuerdo al Art. 16 del referido texto legal, la necesidad de que estas entidades facilitasen a sus clientes una liquidación de las operaciones, con los datos imprescindibles para proceder a su comprobación y a la realización del cálculo del coste efectivo de dicha operación, cumpliendo con el deber de información diligente, facilitando a sus clientes todos los datos relevantes e indispensables para que aquéllos pudieran adoptar, por sí mismos, el tipo de inversión a realizar, señalando el Art. 5 de este reglamento que *"deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos."*

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

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

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

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

Normativa, que fue completada por lo determinado en la Ley 47/07 y el Real Decreto 217/08, que transponía a la legislación española las Directivas Comunitarias correspondientes a los mercados de instrumentos financieros (2004/39/CE), desarrolladas por el Reglamento de la Comunidad Europea 1287/2006, espacio MIFID (para la obtención del perfil del inversor, que permitía en principio, a la entidad financiera calibrar si el producto ofrecido a un cliente era adecuado a sus necesidades y posibilidades), imponiendo la obligación a las entidades financieras de acreditar que con anterioridad a la firma de un contrato con el cliente, éste había sido informado suficientemente sobre las características del contrato y riesgos asumidos, atendiendo a la experiencia del cliente y distinguiendo claramente entre el inversor minorista y el profesional. Señalando, finalmente, al respecto que esta normativa comunitaria en cuanto a sus principios, durante el periodo de no transposición, que debían de informar la interpretación de la normativa interna (Ss.T.S. 8 de Noviembre de 1996 y 18 de Abril de 2013).

Es por ello, que debemos resolver en el sentido de que la falta de legitimación pasiva “ad causam” alegada por parte de la entidad “BANCA DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, S.A. (BANKPIME)” en el presente procedimiento, debe ser desestimada, puesto que las pretensiones ejercitadas por parte de los actores, encuentran su fundamento en el contrato de compraventa asesorada, anteriormente determinado, en base a la falta de consentimiento o concurrencia de consentimiento viciado en la suscripción de la orden de compra de las participaciones preferentes controvertidas, lo cual comportó el sucesivo perfeccionamiento de los restantes contratos de cuenta bancaria y administración y depósito de valores, adjuntados como documentos N°. 16 de la demanda, y a su vez y con carácter de subsidiariedad, con respecto a un posible incumplimiento de las obligaciones asumidas por parte de la entidad demandada frente al D. ██████████ ██████████ y Dª. ██████████, en virtud de la relación

contractual referida, y el consiguiente retorno de prestaciones o indemnización de daños y perjuicios, dependiendo del caso, en recta aplicación del previsto los Arts. 1.303, 1.124 y 1.257 del C.c.

**TERCERO.- Nulidad y anulabilidad del contrato. Caducidad de la acción ejercitada:** Al respecto, cabe decir en primer lugar, que el Art. 1.261 del C.c. determina que no hay contrato sin consentimiento de los contratantes, objeto cierto y causa de la obligación; y a su vez, el Art. 1.264 del C.c. dispone: *“Será nulo el consentimiento prestado por miedo, error, violencia, intimidación o dolo”*. Si bien, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 1.266 del referido texto legal: *“Para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuera objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo (...)”*.

En el presente supuesto, y de acuerdo a las alegaciones formuladas por parte de los actores en su escrito de demanda, la nulidad del contrato controvertido encontraría su fundamento en el hecho de haber incurrido, en el momento de su suscripción, en el vicio de consentimiento de error, descartando por lo tanto, la causa de nulidad absoluta, por inexistencia de dicho consentimiento, de carácter imprescriptible, alegada, puesto que la pretensión ejercitada con carácter principal encuentra su fundamento en la formación de la voluntad contractual de los demandantes, en base a la creencia inexacta del contrato suscrito, puesto que la representación mental que sirvió de presupuesto para la celebración del contrato era equivocada o errónea.

Conclusión que ninguna indefensión a la parte demandada causa ni ninguna incongruencia produce en esta resolución, pese al hecho de que la parte demandante fundase inicialmente su pretensión en una pretensión de declaración de nulidad absoluta del contrato controvertido, como determinó el Letrado asistente de la entidad demandada, en el acto de la vista celebrada en fecha 13 de Marzo de 2014, puesto que dicha parte litigando realizó todas las manifestaciones y pudo proponer toda la prueba que tuvo por conveniente en el momento procesal oportuno y con el fin de contravenir la acción de anulabilidad contractual anteriormente referida, siendo muestra de ello, el hecho de haber opuesto, en el acto de la Audiencia Previa, celebrada en fecha 19 de Noviembre de 2013, la excepción de caducidad de la acción, ex Art. 1.301 del C.c.. Y de otro lado, y en cuanto a la falta de congruencia alegada, debemos estar a la jurisprudencia asentada al respecto, la cual señala que: *“La congruencia consiste en la adecuación, correlación o armonía entre el fallo de la resolución judicial de que se trate y las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta además del “petitum” (petición), la “causa petendi” (hechos en*

*que se funda la pretensión deducida)*” (Ss.T.S. de 16 de Junio de 2010, de 11 de Abril de 2011, de 29 de Octubre de 2013), y a la vez, que: *“El juicio sobre congruencia de la resolución judicial precisa, por tanto, de la confrontación entre su parte dispositiva -dictum- y el objeto del proceso, delimitado, a su vez, por los elementos subjetivos del proceso, las partes, como por los elementos objetivos, la -causa de pedir-, entendida como el hecho o conjunto de hechos que producen efectos jurídicos y resultan esenciales para el logro de las pretensiones solicitadas, y el propio -petitum- o pretensión solicitada, (ST de 13 de junio de 2005). De esta forma, la congruencia no se mide en relación con los razonamientos o con la argumentación, sino poniendo en relación lo pretendido en la demanda con la parte dispositiva de la sentencia (SSTS de 30 de marzo de 1988 , y 20 de diciembre de 1989 . En parecidos términos, cabe señalar que esta labor de contraste o comparación no requiere que se realice de un modo estricto, esto es, que se constate una exactitud literal o rígida en la relación establecida, sino que se faculta para que se realice con cierto grado de flexibilidad bastando que se de la racionalidad y la lógica jurídica necesarias, así como una adecuación sustancial y no absoluta ante lo pedido y lo concedido; de tal modo que se decide sobre el mismo objeto, concediéndolo o denegándolo en todo o en parte. ( STS de 4 de octubre de 1993 ). En esta línea, y en términos generales, también hay que señalar que las sentencias absolutorias no pueden ser tachadas de incongruencia por entenderse que resuelven todas las cuestiones suscitadas en el pleito, salvo casos especiales (Ss.T.S. de 10 de Diciembre de 2004, de 5 de Febrero de 2009, de 18 de Febrero de 2013... ).*

En consecuencia, deberemos estar a lo preceptuado en el Art. 1.301 del C.c., en cuanto al plazo de ejercicio de la acción de anulabilidad señalada, el cual dispone que: *“La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr:*

*En los casos de intimidación o violencia, desde el día en que éstas hubiesen cesado.*

*En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato.*

*Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieren de tutela.*

*Si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuese necesario, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio salvo que antes hubiere tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato”.*

Con relación a tal excepción de caducidad, también deberemos valorar la jurisprudencia asentada al respeto por parte del Tribunal Supremo, y en concreto, la

sentencia dictada en fecha 11 de Julio de 1984, según la cual, en los casos de error, dolo o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años de caducidad de la acción, previsto en el precepto anteriormente transcrito, se computará desde la consumación del contrato, o sea, desde la realización de todas las obligaciones asumidas por cada una de las partes contratantes (S.T.S. de 27 de Marzo de 1989), distinguiendo claramente este momento del de perfeccionamiento del contrato en cuestión, entendiéndose que en los contratos sinalagmáticos, la consumación coincide con el total cumplimiento de las prestaciones impuestas a cada una de las partes contratantes (Ss.T.S. de 11 de Junio de 2003, de 5 de Mayo de 1.983, entre otras), resultando, como en el presente supuesto, que los contratos de adquisición de participaciones preferentes (Doc. N°. 3 de la demanda), junto con los contratos de "Cuenta Bankpime" y "Cuenta Valores Bankpime", aportados como documento N°. 16 de la demanda, fundamento de la adquisición de los valores controvertidos, comportaron prestaciones periódicas recíprocas entre las partes hoy litigantes (entre otras, el pago de cupones por parte de la entidad demandada en favor de los actores) y no, por el contrario, un cumplimiento instantáneo de la mismas, y a perpetuidad, según reconoció al acto de juicio, el Sr. ██████████ ██████████, en su declaración como testigo ante S.Sª, y así también resultaba del contenido de los documentos N°. 3 y 16 de la demanda, tantos veces mencionados, constando en el primero de ellos, que el vencimiento de las participaciones preferentes se produciría en el año 2.049, y en los restantes se determinaba el carácter indefinido de la inversión (punto 3). Entendiéndose que en caso contrario y de conformidad con lo interesado por la parte demandada en las presentes actuaciones, que el ejercicio de la acción de anulabilidad de estos contratos de trato sucesivo, para el caso de haber incurrido alguna de las partes contratantes en un vicio del consentimiento, caducaría durante el cumplimiento de las obligaciones asumidas recíprocamente por cada una de ellas.

Por ello procede desestimar la excepción de caducidad de la acción de anulabilidad ejercitada por la parte hoy demandante, al no haber transcurrido el plazo de cuatro años anteriormente señalado, desde la consumación de los mencionados contratos, objeto de este procedimiento.

**CUARTO.- Vicio del consentimiento. Error:** Pasando a analizar la cuestión debatida principalmente en las presentes actuaciones, debemos decir, en primer lugar, que es doctrina y jurisprudencia asentada, en sede contratos y en cuanto al vicio de error del consentimiento determinante de la nulidad (anulabilidad contractual), aquélla que concluye (S.T.S. de 12 de Noviembre de 2010, entre otras) que un contrato existe desde que una o varias personas prestan su consentimiento

para obligarse frente a otra u otras, a dar una cosa, o prestar un servicio, perfeccionándose por el simple consentimiento (Arts. 1.254, 1.258 y 1.278 C.c.) siempre y cuando concurren los requisitos previstos en el Art. 1.261 del mismo texto legal; y a su vez, en aplicación de lo dispuesto en los Arts. 1.264 y 1.266 del C.c., en cuanto al vicio del consentimiento de error, que para poder apreciar la concurrencia del referido vicio, es preciso que: a).- sea esencial e inexcusable, ya que si no fuera así tendríamos que estar a la norma consistente en el hecho de que los efectos del error propio son imputables a quien los sufre (Ss.T.S. de 21 de Octubre de 1932 y de 26 Diciembre de 1944); b).- que sea sustancial y derivado de actos desconocidos por quién se obliga (Ss.T.S. de 16 de Diciembre de 1943 y 16 de Diciembre de 1957; c).- que no se hubiese podido evitar con una regular diligencia (S.T.S. de 12 de Junio de 1982); y, d).- que quedase suficientemente acreditado en las actuaciones, como cuestión de hecho (S.T.S. de 26 de Diciembre de 1944). Entendiendo por error, la representación equivocada de la realidad que produce la realización de un acto jurídico que de lo contrario no se hubiese realizado o en su caso, en otras condiciones y circunstancias.

Y asimismo, que el deber de suministrar una información completa, suficiente y actualizada, exigible legalmente a la entidad hoy demandada, para la suscripción de los referidos contratos controvertidos, anteriormente señalada, deberá ser valorada por parte de ésta Juzgadora junto con los principios recogidos en el Art. 217 de la L.E.C., sobre la carga de la prueba, para determinar si los hoy actores incurrieron en el vicio del consentimiento de error alegado, en los términos y con las características determinadas por la jurisprudencia analizada anteriormente, como consecuencia de la actuación de la entidad bancaria demandada, y en concreto, la reciente jurisprudencia reiterada por el Tribunal Supremo, con respecto a tal materia (Ss.T.S. de 20 de Enero de 2014 y 17 de Febrero de 2014) que determina que (S.T.S. de 7 de Julio de 2014): *“(...) la doctrina relativa a la incidencia del incumplimiento de ese deber (de información) en la apreciación del error vicio del consentimiento cuando haya un servicio de asesoramiento financiero, doctrina que se reitera en la presente sentencia y que puede resumirse en los siguientes puntos:*

1. *El incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo.*

2. *El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto, en este caso el swap .*

3. *La información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (art. 79 bis 3*

*LMNV)- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.*

*4. El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente.*

*5. En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo; y la omisión del test que debía recoger esa valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento; por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo”.*

En el presente supuesto, de la prueba practicada en el acto de la vista, y en concreto, con relación al contenido de los documentos N.º 3 y 16 de la demanda iniciadora del presente procedimiento, junto al reconocimiento de hechos realizado por las partes hoy litigantes, en sendos escritos de alegaciones, resultó probado que los actores adquirieron con la intervención de D. [REDACTED], como director de una de las sucursales de la mercantil “BANCA DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA (BANKPIME)”, 79 participaciones preferentes de “KAUPTHING BANK” 6,25%, por un importe nominal de 79.000 Euros, y en efectivo, 80.777,50 Euros, en fecha 28 de Junio de 2005.

Y a su vez, en atención al contenido de la prueba testifical de D. [REDACTED], como director de la sucursal bancaria contratante, no resultó probado que en el momento de la suscripción de la orden de compra controvertida, por parte de los demandantes, les fuera entregado el folleto informativo o la documentación oficial relativa a las características y riesgos derivados de la contratación de estos productos, la cual se encontraba redactada en inglés, según determinó dicho testigo, manifestando asimismo, que en todo caso, era él quién disponía de una ficha-resumen interna de tal producto, realizada por el departamento financiero de la entidad demandada, que en principio, recogía toda la

información necesaria para que el cliente pudiese conocer exactamente las condiciones de su contratación, y que a su vez, debía ser transmitida de forma comprensible a los clientes por parte del comercial de la entidad.

Ficha que en ningún caso fue aportada a las actuaciones por la parte demandada con el fin de conocer exactamente el contenido e información que incorporaba exactamente y de forma detallada, resultando, a todos los efectos insuficientes, los escasos datos recogidos en la orden de compra controvertida y firmada por parte de D. [REDACTED] y D. [REDACTED] en fecha 28 de Junio de 2005, aportada como documento N°. 3 de la demanda, en la que constaba la "compra" de "79" títulos "KAUPTHING BANK 6,25%", por los demandantes; manifestando D. [REDACTED] ante S.Sª., respecto del momento de suscripción de dichos títulos, pese a no recordar de forma exacta y específica la conversación mantenida con D. [REDACTED], así como tampoco, la duración de ésta, o el hecho de si el mismo día que realizó la charla informativa inicial, el cliente suscribió la orden de compra o fue con posterioridad, dado el tiempo transcurrido desde ese momento, que la suscripción de los títulos hoy controvertidos, fue el primer y único contacto que mantuvo D. [REDACTED] con la entidad demandada; extremo que debía hacer concluir, necesariamente, en el sentido de que D. [REDACTED] no podía conocer, en aquel momento, ni el perfil inversor de los hoy demandantes ni sus capacidades ni conocimientos financieros, aunque viniesen recomendados por otra cliente de la entidad, según él mismo reconoció al acto de juicio. Y pese a ese hecho, asesoró a los actores para la adquisición de los productos objeto del presente procedimiento, descartando otros de los que disponía para su comercialización entre la clientela de la entidad, caracterizándose aquéllos (informe pericial, Doc. N°. 41 de la demanda, folios N°. 26 a 32) por:

- ser valores emitidos por una entidad bancaria que no comportaban participación en su capital;
- sin derechos políticos ni de suscripción preferente;
- con opción de amortización o cancelación anticipada exclusivamente en favor del emisor (*call*);
- con vocación de perpetuidad;
- con rentabilidad no garantizada ni por el Fondo de Garantía de Depósitos, y condicionada a la existencia de beneficios o reservas distribuibles por la entidad de crédito emisora o dominante;
- con un rango por delante exclusivamente de las acciones ordinarias (carácter ultra subordinado); y,
- cotizando en mercados secundarios organizados.

Valores que en ningún caso respondían al concepto de renta fija, solicitada por los actores a la entidad demandada, según manifestó D. [REDACTED] en el acto de juicio, al determinar que esa fue la petición formulada por aquéllos cuando acudieron a su oficina. Constando asimismo, de acuerdo a lo declarado por parte del perito deponente en el acto de juicio, D. Prosper LASMOTHE FERNÁNDEZ, que se ratificó íntegramente en el contenido de su informe (Doc. N°. 41 de la demanda), de forma clara, precisa, razonada y explicativa, que dichos títulos debían ser calificados como productos complejos, de difícil comprensión en cuanto a los riesgos verdaderamente asumidos, para un inversor no experto, como es el caso de los hoy demandantes, y en concreto, para D. [REDACTED] siendo éste la persona que mantuvo la relación más directa con el director de la sucursal bancaria, el cual tenía 77 años, no disponía de estudios y había desarrollado su actividad profesional como taxista hasta el momento de su jubilación (Folio N°. 7 del referido informe pericial no contradicho por ninguna prueba propuesta por la entidad demandada).

Máxime, si tenemos en cuenta que el referido perito D. Prosper LAMOTHE FERNÁNDEZ, señaló, de forma expresa, que el folleto informativo oficial de emisión de los valores objeto de las presentes actuaciones, redactado en inglés y de trescientos folios aproximadamente, disponía literalmente que debía entregarse un ejemplar de éste al inversor y que además *“toda decisión de invertir en los valores debe estar basada en la consideración por parte del inversor del folleto en su conjunto”* y que su adquisición sólo era adecuada *“para inversores que tienen conocimiento y experiencia en temas financieros y de negocios que eran necesarios para evaluar los riesgos de la inversión y de sus notas”* (Doc. N°. 41 de la demanda, folio 107 y 108); añadiendo a todo ello, que dicha dificultad de comprensión resultaba incluso evidente para sus alumnos, estudiantes universitarios, cuando explicaba en sus clases, este tipo de productos híbridos de inversión.

Es por todo ello, que debemos concluir en el sentido de que la entidad “BANCA DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, S.A. (BANKPIME) actualmente “IPME 2012, S.A.” no cumplió diligentemente y de conformidad a las características del cliente inversor, con el deber legal de suministrar la información completa, adecuada, suficiente, actualizada y comprensible a los hoy demandantes induciendo a los actores a error sobre el tipo operación bancaria realizada y en concreto, en cuanto a la naturaleza y riesgos asumidos con la adquisición de las 79 participaciones preferentes de “KAUPTHING BANK 6,25%”, atendiendo al contenido de la prueba testifical practicada en el acto de la vista de D. [REDACTED], en condición de trabajador de dicha entidad demandada en el momento de suscripción de los contratos controvertidos, y en la actualidad, de la

entidad adquirente de aquélla, "CAIXA BANK", dado que se limitó a manifestar que en todo momento, informó de forma concreta y adecuada a D. [REDACTED] respecto de las características, naturaleza, duración y riesgos asumidos con la adquisición de estos productos.

Extremo que resulta difícilmente asumible por esta Juzgadora, en tanto que, en primer lugar, debe procederse a realizar una valoración muy prudente del contenido de dicha prueba testifical, atendiendo a los vínculos existentes entre dicho testigo y la hoy demandada, señalados con anterioridad; en segundo lugar, ninguna prueba documental consta aportada a las actuaciones para acreditar la entrega de tal información al cliente suscriptor, según exige la normativa aplicable; y por último, atendiendo a que resultaría contradictorio para cualquier persona el hecho de que D. [REDACTED] hubiese calificado los productos adquiridos por los hoy actores como seguros y de renta fija, ante la petición realizada por los actores, llegando a recomendarlos a un familiar suyo en tal sentido (prueba testifical) y a su vez, hubiese informado a los actores de los riesgos reales de pérdida de la inversión para el caso de quiebra de la entidad emisora, o de los derivados de su cotización en un mercado secundario y ejercicio de las "calls" por parte de la entidad emisora, confundiendo dicho testigo el riesgo previsible de la operación, según las circunstancias del mercado existentes en el momento de la contratación, con los riesgos realmente asumidos por parte de los actores con la adquisición de los productos, realizables o no, según los casos. No constando tampoco practicada ninguna prueba en el presente procedimiento con el fin de acreditar que estos riesgos hubiesen sido expuestos y explicados de forma clara, precisa y comprensible para D. [REDACTED], en los diferentes escenarios posibles de mercado, por parte de D. [REDACTED].

Falta de información que resulta no sólo predicable del momento de la contratación y adquisición de las participaciones preferentes objeto de auto, sino que también, de momentos posteriores a la suscripción, manteniendo en el error a los hoy actores, dado que del contenido de la documentación remitida periódicamente por la entidad demandada a éstos con relación a la evolución de la inversión controvertida (Doc. N°. 42 de la demanda y Doc. N°. 1 de la contestación de la demanda), los productos contratados resultan denominados como "Bonos" y de "Renta fija", pese a la naturaleza distinta y compleja de las participaciones preferentes, anteriormente descrita.

Consecuentemente y de conformidad a lo dispuesto a el Art. 1.303 del C.c., según el cual "*Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus*

*frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes” y a lo interesado por parte de los actores, procede condenar a la entidad “BANCA DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, S.A. (BANKPIME)” a retornar a D. [REDACTED] y a D<sup>a</sup>. [REDACTED] la suma total de 80.777,50 Euros correspondientes a los 79 títulos adquiridos, consistentes en participaciones preferentes de “KAUPTHING BANK” 6,25%, adquiridas en fecha 28 de Junio de 2005.*

Importe del que deberá deducirse las sumas abonadas por parte de la entidad demandada en favor de los actores, en concepto de remuneración. Sin que debamos proceder, por ello, al análisis de la pretensión ejercitada con carácter subsidiario por parte de los actores y relativa a un posible incumplimiento de las obligaciones contractualmente asumidas por parte de la mercantil demandada frente a los actores.

**QUINTO.- Intereses:** En materia de intereses deberemos a lo dispuesto por los Arts. 1.100, 1.101, 1.108 y 1.307 del C.c., y por tanto, el interés legal del dinero comenzará en devengarse, respecto del importe dinerario de 80.777,50 Euros, una vez deducidas las sumas abonadas por parte de la entidad demandada en favor de los actores, en concepto de remuneración, desde el día 28 de Junio de 2005, fecha de adquisición, hasta el día de esta resolución. Y el interés legal del dinero incrementado en dos puntos se devengará respecto de la total suma adeudada, anteriormente referida, desde la fecha de esta sentencia hasta el total pago, atendiendo al contenido del Art. 576. 1 de la L.E.C.

**SEXTO.- Costas Procesales:** Dado que se ha estimado íntegramente la demandada iniciadora de estas actuaciones, en recta aplicación de lo previsto en el Art. 394 de la L.E.C., en su primer párrafo y existiendo ya en la actualidad, reiterada jurisprudencia consolidada al respecto de este tipo de procedimientos, es por lo que procede imponer las costas procesales causadas en las presentes actuaciones a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y otros de pertinente aplicación

## FALLO

Que estimando íntegramente la demanda presentada por parte del

Procurador de los Tribunales D. Antonio CORTADA GARCÍA en nombre y representación de D. [REDACTED] y Dª. [REDACTED] 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. [REDACTED] y Dª. [REDACTED], 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.

Expídase testimonio literal de esta sentencia que quedará en estas actuaciones, con inclusión del original en el Libro de sentencias.

Esta resolución no es firme y contra ella cabe interponer en el plazo de VEINTE DÍAS recurso de apelación ante este Juzgado, del que conocerá, en su caso, la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, realizando la parte recurrente el previo depósito de 50 Euros en la cuenta bancaria designada por este órgano jurisdiccional, de acuerdo al contenido de la disposición adicional décima quinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 Noviembre.

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

**PUBLICACIÓN.-** La anterior sentencia ha sido publicada por la Magistrada que la suscribe, a efectos de su notificación, el día de su fecha. Doy fe.





Mensaje LexNet - Notificación

Mensaje

IdLexNet	201510061463720
Asunto	SENTENCIA   Procediment ordinari
Remitente	JUTJAT DE PRIMERA INSTANCIA N. 3 de Hospitalet de Llobregat, L', Barcelona [0810142003]
Destinatarios	JDO. PRIMERA INSTANCIA DEGANAT OF. REGISTRE I REPARTIMENT CIVIL [0810142003]
Fecha-hora envío	CORTADA GARCIA, ANTONIO [343] Colegio de Procuradores   Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona 13/01/2015 13:48
Adjuntos	01732_20150113_1216_0012263878_01.rtf(Principal) Hash del Documento: 64935f31b104f2376859e1aec8b8f0352438d5ad
Datos del mensaje	Tipo procedimiento ORD Nº procedimiento 0001842/2012 Detalle de acontecimiento SENTENCIA

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
13/01/2015 14:00	CORTADA GARCIA, ANTONIO [343]-Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona	LO RECOGE	
13/01/2015 13:49	Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona (L'Hospitalet de Llobregat, L')	LO REPARTE A	CORTADA GARCIA, ANTONIO [343]-Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona

(\*) Todas las horas referidas por LexNet son de ámbito Peninsular.

Validez



