

# EDJ 2013/50259

Audiencia Provincial de Baleares, sec. 4ª, S 28-2-2013, nº 78/2013, rec. 557/2012  
Pte: Gelabert Ferragut, Juana María

## Resumen

*Contrato de depósito y administración de valores. Vicios del consentimiento. Error. La AP estima parcialmente el recurso de apelación formulado por el cliente y declara la nulidad del contrato de depósito y administración de valores al apreciar error en la prestación del consentimiento. Se ha constatado que la entidad financiera omitió información esencial al cliente sobre el funcionamiento y los riesgos y posibles perjuicios que podían surgir de la contratación de las participaciones preferentes lo que condujo a que prestara su consentimiento por error (FJ 12, 19 y 22).*

### NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC  
art.217.1  
RD 629/1993 de 3 mayo 1993. Normas de Actuación en Mercados de Valores y Registros Obligatorios  
art.4 , art.5  
Ley 24/1988 de 28 julio 1988. Mercado de Valores  
art.79  
RD de 24 julio 1889. Código Civil  
art.1064 , art.1101 , art.1106 , art.1261 , art.1265 , art.1266 , art.1269 , art.1270 , art.1300 , art.1301 , art.1973

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	3
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	3
FALLO .....	14

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

CARGA DE LA PRUEBA  
CARGA DE PROBAR LOS HECHOS IMPEDITIVOS O EXCLUYENTES  
CONSENTIMIENTO  
VICIOS DEL CONSENTIMIENTO  
Error  
Trascendente e intrascendente  
Apreciación por el juzgador  
CONSUMIDORES Y USUARIOS  
DERECHO DE INFORMACION  
REQUISITOS DE LA PUBLICIDAD Y OFERTAS  
CONTRATO  
NULIDAD Y ANULABILIDAD DE LOS CONTRATOS  
Nulidad radical o absoluta  
Efectos  
INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN  
REQUISITOS  
RECLAMACIÓN EXTRAJUDICIAL  
PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD  
DE ACCIONES PERSONALES  
Plazo general de quince años  
EL PLAZO Y SU CÓMPUTO  
Plazo prescriptivo en general  
Inicio del cómputo

## FICHA TÉCNICA

Favorable a: Cliente,Entidad financiera; Desfavorable a: Cliente,Entidad financiera

Procedimiento:Apelación, Juicio Ordinario

### Legislación

Aplica art.217.1 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica art.4, art.5 de RD 629/1993 de 3 mayo 1993. Normas de Actuación en Mercados de Valores y Registros Obligatorios

Aplica art.79 de Ley 24/1988 de 28 julio 1988. Mercado de Valores

Aplica art.1064, art.1101, art.1106, art.1261, art.1265, art.1266, art.1269, art.1270, art.1300, art.1301, art.1973 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita Ley 10/2012 de 20 noviembre 2012. Regulación de determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

Cita Ley 37/2011 de 10 octubre 2011. Medidas de agilización procesal

Cita art.15 de LO 1/2009 de 3 noviembre 2009. Complementaria de Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, se modifica LO 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial

Cita Ley 47/2007 de 19 diciembre 2007. Modifica Ley 24/1988, del Mercado de Valores

Cita art.207.3, art.207.4, art.394.2, art.398.2, art.466.1 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita RD 629/1993 de 3 mayo 1993. Normas de Actuación en Mercados de Valores y Registros Obligatorios

Cita Ley 24/1988 de 28 julio 1988. Mercado de Valores

Cita Ley 26/1984 de 19 julio 1984. General para la Defensa de Consumidores y Usuarios

Cita art.1.101, art.1.106, art.1.300, art.1.303, art.1964 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

### Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre CARGA DE LA PRUEBA - CARGA DE PROBAR LOS HECHOS IMPEDITIVOS O EXCLUYENTES, CONSENTIMIENTO - VICIOS DEL CONSENTIMIENTO - Apreciación por el juzgador SAP Baleares de 13 noviembre 2012 (J2012/256492)

Cita en el mismo sentido sobre PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD - EL PLAZO Y SU CÓMPUTO - Plazo prescriptivo en general SAP Baleares de 21 marzo 2011 (J2011/76824)

Cita en el mismo sentido sobre CONSENTIMIENTO - VICIOS DEL CONSENTIMIENTO - Apreciación por el juzgador, CONTRATO - NULIDAD Y ANULABILIDAD DE LOS CONTRATOS - Nulidad radical o absoluta - Efectos SAP Asturias de 27 enero 2010 (J2010/5205)

Cita en el mismo sentido sobre CONSUMIDORES Y USUARIOS - DERECHO DE INFORMACION, CONSUMIDORES Y USUARIOS - REQUISITOS DE LA PUBLICIDAD Y OFERTAS SAP Barcelona de 4 diciembre 2009 (J2009/315622)

Cita sobre PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD - EL PLAZO Y SU CÓMPUTO - Plazo prescriptivo en general, CONSENTIMIENTO - VICIOS DEL CONSENTIMIENTO - Apreciación por el juzgador SAP Valencia de 26 abril 2006 (J2006/305502)

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00078/2013

AUDIENCIA PROVINCIAL-SECCION CUARTA

PALMA DE MALLORCA

Rollo: RECURSO DE APELACION núm. 557/2012

Ilmos/as. Sres/as.:

PRESIDENTE

D. MIGUEL ANGEL AGUILO MONJO

MAGISTRADOS

D. MIGUEL ALVARO ARTOLA FERNANDEZ

D<sup>a</sup> JUANA MARÍA GELABERT FERRAGUT

S E N T E N C I A num. 78/2013

En PALMA DE MALLORCA, a veintiocho de febrero de dos mil trece.

VISTOS en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial los autos del JUICIO ORDINARIO num. 690/2011, procedentes del Juzgado de Primera Instancia num. 10 de Palma de Mallorca, a los que ha correspondido el ROLLO num. 557/2012, en los que aparece como parte actora-apelante, a D<sup>a</sup> Estela, representada por el Procurador D. ANTONIO COLOM FERRA, asistida del Letrado D. JUAN CAMACHO PEÑA, y como demandada-apelada a la entidad BANCO DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA S.A. (BANKPIME), representada por la Procuradora D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> MONTSERRAT MONTANE PONCE, asistida del Letrado D. MARIUS MIRO GILI.

ES PONENTE la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> JUANA MARÍA GELABERT FERRAGUT.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ilmo. Magistrado- Juez del Juzgado de Primera Instancia antedicho en el encabezamiento del presente, se dictó SENTENCIA de fecha 18 de mayo de 2012, cuya parte dispositiva dice:

"DESESTIMO LA DEMANDA interpuesta por Estela representada por el Procurador Antonio Colom contra la entidad BANKPIME, a la que ABSUELVO de todas las pretensiones contra ella formuladas.

Sin expresa imposición de costas, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad".

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso por la representación de la parte ACTORA recurso de apelación, que fue admitido, y, seguido éste por sus trámites, se dictó auto de fecha 24 de septiembre de 2012, admitiendo el recibimiento del pleito a prueba en esta segunda instancia, celebrándose la correspondiente vista el día 12 de diciembre de 2012, cuyo acto ha quedado grabado por el sistema Efidelius, que conforme a la ley, garantiza la autenticidad e integridad de lo grabado.

TERCERO.- El presente correspondió a esta Sección Cuarta en virtud de reparto efectuado por la oficina correspondiente.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El procedimiento del que dimana el presente Rollo se inició con la demanda formulada por el Procurador Sr. Colom Ferrá, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Estela, contra el Banco de la Pequeña y Mediana Empresa S.A. (BANKPIME) en solicitud de que se dictara sentencia por la que se declare:

a) Que la entidad demandada ha infringido sus deberes legales de información, asesoramiento, diligencia y lealtad que tenía respecto a la actora, en relación con la adquisición por ésta de las "participaciones preferentes" a que se contrae la presente demanda.

b) Que a consecuencia de dichas infracciones en la fase inicial de las operaciones, son nulas las órdenes de compra de "participaciones preferentes" dadas por la actora a la entidad demandada.

c) Que, subsidiariamente, dichas infracciones constituyen en la fase de ejecución y seguimiento de las inversiones, incumplimientos de las prestaciones a que la entidad demandada venía legalmente obligada.

d) Que la entidad demandada ya sea como restitución del valor de la inversión, ya sea como indemnización de daños y perjuicios derivados de su incumplimiento, viene obligada a abonar a la actora la cantidad de DOSCIENTOS SIETE MIL QUINIENTOS CATORCE EUROS CON NOVENTA CENTIMOS (207.514'90 Eur.), sin deducir de la misma comisión o gasto alguno, más los intereses legales devengados por las cantidades invertidas desde el día en que lo fueron y hasta su completo pago, debiéndose descontar de estos intereses el importe a que ascendió el cupón corrido percibido por la actora.

e) Que en concepto de daño moral la entidad demandada viene obligada a indemnizar a la actora con la cantidad de DIECIOCHO MIL EUROS (18.000'00 Eur.), con más los intereses legales de dicha suma devengados desde la fecha de la presente interpelación judicial hasta su completo pago.

Y se condene a la entidad demandada a estar y pasar por todas las anteriores declaraciones y a que pague de inmediato a mi representada las expresadas cantidades e intereses; con expresa imposición a la parte demandada de la condena al pago de las costas procesales causadas, y con todo lo demás que proceda con arreglo a derecho.

Dicha demandada se fundamenta en las alegaciones siguientes: Que aproximadamente en el año 2003, el Banco de la Pequeña y Mediana Empresa S.A., en adelante BANKPIME, captó a la hoy actora como nueva clienta. Desde el primer momento el personal al servicio de la entidad demandada tenía perfectamente claro que el dinero depositado por la Sra. Estela eran los ahorros de toda su vida, y que su perfil como cliente era netamente conservador, habiendo repetido hasta la saciedad que lo que siempre quería era invertir en productos seguros y garantizados, y que pudiera disponer de inmediato del dinero. Al poco de ingresar como cliente, la entidad bancaria sugirió a la Sra. Estela formalizar un contrato depósito y administración de valores, lo que concretó en fecha 7 de agosto de 2003. La inmensa mayoría de operaciones que realizó la Sra. Estela fueron constituciones de depósitos a plazo, sin riesgo alguno para la inversión. No obstante ello, en un momento dado y mientras seguía formalizando contratos de depósito a plazo, la entidad demandada, y en concreto la subdirectora de la sucursal, D<sup>a</sup> Amelia, a su vez Gerente de Cuentas, comenzó a ofertar a la Sra. Estela la suscripción

de determinados productos que le fueron presentados como igual de seguros que los que hasta aquella fecha había contratado, pero con mayor rentabilidad que éstos. La Sra. Estela siempre exigió que el capital no pudiera nunca descender y que pudiera tener disponibilidad inmediata sobre el dinero invertido. Y la Sra. Amelia verbalmente así se lo aseguró por lo que la hoy actora se avino a suscribir los productos que en este modo eran propuestos y aconsejados. Y así, a medida que iban venciendo los depósitos a plazo, la Sra. Amelia fue colocando el dinero en esos productos, haciéndole firmar a la Sra. Estela las correspondientes órdenes de compra de los valores, tal contratación no vino precedida de ninguna clase de información por parte de la entidad bancaria acerca de la naturaleza, características y riesgos de los productos ofertados, ni de los emisores, ni sobre quién estaba detrás de esos productos, ni si existían garantes, ni de qué nacionalidad eran, no entregándose folleto explicativo ni ficha técnica alguna ni indicándole -por supuesto- el funcionamiento de las formulas a aplicar sobre los subyacentes. Pues bien, las "participaciones preferentes" que por la entidad bancaria en aquellos momentos se le empezaron a ofrecer a la Sra. Estela para su adquisición, se le presentaron como un producto más de renta fija, con total garantía de capital invertido, sin que las contrataciones objeto de la presente demanda vinieran precedidas de la más mínima información. Lo único que se hizo fue ensalzar las virtudes y bondades de aquellos productos (su mayor rentabilidad), pero sin advertir a la Sra. Estela de los riesgos que podían comportar y de las verdaderas consecuencias económicas que podían acarrear sobre la inversión. A la hoy actora se le engañó de forma deliberada porque era obvio que por su edad, por su escaso nivel intelectual y su total inexperiencia en este tipo de productos financieros, no conocía ni podía conocer la naturaleza y el funcionamiento de las participaciones preferentes. Para el supuesto de que se entendiera que el personal al servicio de la entidad demandada no actuó con dolo al ofertarle a la señora Estela la contratación de productos totalmente inadecuados a su perfil, lo que es evidente es que la entidad demandada infringió el deber de diligencia a que estaba sometida.

SEGUNDO.- La sentencia recaída en el primer grado jurisdiccional desestimó íntegramente la referida demanda.

En el Fundamento de Derecho cuarto de la sentencia de instancia se examina la excepción de prescripción opuesta por la entidad demandada, y se estima tal excepción respecto a las participaciones adquiridas más de cuatro años antes de la solicitud de diligencias preliminares, que son las emitidas por la entidades Deustsche Bank, Norddeutsche Landesbank y Royal Bank Scotland, que en todo caso -según se indica en la sentencia- son las que han continuado pagando su cupón, si bien hasta la fecha no han procedido a amortizar los títulos.

En cuanto a las participaciones preferentes adquiridas por la actora y que fueron emitidas por Lehman Brothers y Kaupthing Bank, en la sentencia de instancia, tras la valoración de la prueba, se concluye que no se aprecia vicio en el consentimiento de la actora respecto a las órdenes de compra cuya nulidad se pretende. A lo que se añade que, en todo caso, se considera que la entidad demandada ofreció un suministro constante de información a la actora (persona con experiencia empresarial y acostumbrada a sopesar riesgos e inconvenientes y que además había adquirido en numerosas ocasiones de forma satisfactoria este tipo de productos durante un largo periodo de tiempo, durante el cual pudo realizar las comprobaciones que considerase oportunas, tal y como haría un inversor cuidadoso), sin que pueda obviarse que la reiterada compra de participaciones emitidas por los más diversos bancos, pero que siempre eran consideradas de la mayor solvencia, solo puede entenderse si obedece a un razonable plan inversor. Por lo que no se aprecia incumplimiento por la parte demandada generador de un vicio del consentimiento, por lo que no resulta procedente declarar la nulidad solicitada ni por tanto la restitución que se reclama como consecuencia de ella ni indemnización de daños y perjuicios.

TERCERO.- La representación procesal de la parte actora se alzó contra la referida sentencia y solicitó la revocación de la misma y que se dictara otra en su lugar en la que se estimase íntegramente la demanda.

Dicha parte apelante basa su recurso en los motivos siguientes:

- 1) Exclusión de los autos de determinados documentos aportados por la parte demandada con su escrito de contestación a la demanda.
- 2) Infracción, por aplicación indebida, del art. 1.301 del Código Civil EDL 1889/1 : Inexistencia de prescripción extintiva de la acción de anulabilidad ejercitada.
- 3) Subsidiariamente: Infracción, por inaplicación del art. 1.973 del Código Civil EDL 1889/1 : Existencia de Interrupción de la prescripción.
- 4) La acción de anulabilidad no es la única ejercitada en la demanda. La acción de incumplimiento de obligaciones legales no se encuentra prescrita. Infracción por inaplicación de los arts. 1.101 y 1.106 del Código Civil EDL 1889/1.
- 5) Error en la apreciación y valoración de la prueba, determinante de la infracción, por inaplicación, de los arts. 1.261, 1.265, 1.266, 1.269, 1.270, 1.300 y 1.303 del Código Civil EDL 1889/1, así como la normativa contenida en el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo EDL 1993/16198 , Ley 24/1988, de 28 de julio EDL 1988/12634 -modificada por la Ley de 47/2007, de 19 de diciembre- del Mercado de Valores, y la normativa sobre Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984, de 19 de julio EDL 1984/8937 , y RDL 1/2007, de 16 de noviembre).

CUARTO.- En el primer motivo de su recurso de apelación, la representación procesal de la parte actora interesa que, en esta alzada, se acuerde la separación de los autos de los documentos que aportó la demandada con su contestación a la demanda: Bloque documental num. 2 (doc. 2.1 a 2.52), Bloque documental num. 3 (doc. 3.1 a 3.22); referidos ambos a la evolución de las inversiones, Documento num. 4 (extractos de movimientos de cartera). Documentos números 5, 6 y 7 (extractos de cuentas). Documentos números 13, 14, 26 y 27 (cartas).

Tal pretensión la fundamenta la parte apelante en las alegaciones siguientes: Que como documento num. seis de la demanda, se aporta copia de las Diligencias Preliminares que dieron lugar a los autos num. 959/2009 del Juzgado de 1ª Instancia num. 10 de Palma, a

cuya interposición se vio obligada esta parte ante la escasa y limitada documentación remitida por la entidad demandada en respuesta a los burofax que les remitieron los abogados de la demandante. Por auto de fecha 1 de junio de 2009 (aportado también con el documento num. seis de la demanda) el Juzgado accedió a lo peticionado por esta parte. En el día y hora señalados para que tuviera lugar la exhibición, la entidad bancaria requerida compareció ante el Juzgado y aportó la documentación que fue testimoniada y se acompañó con la demanda como documento num. 7. Con la contestación a la demanda se acompañaron los documentos antes referidos que debieron haberse aportado en sede de Diligencias Preliminares, dado el tenor de lo solicitado por esta parte que fue admitido por el Juzgado. Pues bien, en el acto de la Audiencia Previa esta parte se opuso a la aportación con la contestación a la demanda de tales documentos, siendo rechazada tal oposición por el Juez "a quo", frente a cuyo acuerdo verbal se interpuso por esta parte recurso de reposición al entender infringido el art. 207.3 y 4 de la LEC EDL 2000/77463 que consagra la autoridad de cosa juzgada formal. El Juez "a quo" desestimó tal recurso de reposición, y esta parte formuló respetuosa protesta. Por lo que interesa que en esta alzada se acuerde la separación de los autos de los documentos anteriormente relacionados.

QUINTO.- Esta Sala considera que el referido motivo del recurso de apelación no puede prosperar. Y ello por cuanto tal y como señala la parte demandada al oponerse al recurso de apelación las diligencias preliminares no tienen eficacia preclusiva para la aportación de documentos en un posterior juicio declarativo de carácter contradictorio.

Lo dispuesto en el art. 207.3 y 4 de la LEC EDL 2000/77463, citado por la parte apelante en su recurso, no es aplicable en manera alguna a la cuestión que ahora nos ocupa ya que, conforme señala la doctrina científica, los referidos apartados 3 y 4 del art. 207 lo que disponen es que las resoluciones firmes que pasan con autoridad de cosa juzgada obligan en todo caso al Tribunal del proceso en el que hayan recaído a estar a lo dispuesto en ellas; es decir, a la imposibilidad de sustituir con otra resolución pasada con autoridad de cosa juzgada. La cosa juzgada formal es un efecto o consecuencia de la firmeza de la resolución, dentro del mismo procedimiento, en sentido de que la resolución firme ha de ser respetada por el Tribunal del proceso en el que se haya dictado.

SEXTO.- En el segundo motivo del recurso de apelación, la representación procesal de la parte actora sostiene que no existe prescripción de la acción de anulabilidad ejercitada. Y para combatir la sentencia de instancia en este punto, censura la decisión del Juez "a quo" de no aplicar al presente caso la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 5ª, de 21 de marzo de 2001, invocada por dicha parte actora en apoyo de la tesis de que la acción de anulabilidad ejercitada en la demanda no se encuentra prescrita.

SÉPTIMO.- En la sentencia de la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial, de fecha 21 de marzo de 2011 EDJ 2011/76824, a la que se refiere la parte apelante en su recurso de apelación se señala lo siguiente: Que la consumación de los contratos sinalagmáticos no se ha de entender producida sino desde el momento en que cada una de las partes ha cumplido la totalidad de las obligaciones derivadas del mismo. Por lo que dicho Tribunal entendió que en el supuesto examinado tal consumación no se produjo hasta el vencimiento del ejercicio del derecho de amortización de la inversión que se reservaba a su favor la entidad emisora, esto es, a partir del 30 de septiembre de 2009. Razonando para ello que entender que la acción solo podía ejercitarse desde el momento en que se formalizó el contrato de compraventa de las participaciones, por coincidir la consumación del contrato con la entrega del precio y puesta a disposición de las mismas a favor de los actores, sería olvidar una parte de las obligaciones contraídas, cual era el ejercicio del derecho de amortización de las participaciones por parte del emisor, una vez transcurridos 5 años desde la fecha de la emisión, que es precisamente cuando se constata el error denunciado, puesto que lo que los actores consideraban un hecho cierto, resultó ser una simple facultad del emisor, y como bien argumentan los apelados, de acogerse la tesis de la recurrente "sería tanto como dar carta blanco al Banco de Santander" colocando en el mercado un producto financiero haciendo creer a los inversores que reembolsaría su importe transcurridos cinco años, para luego no hacer uso de dicha facultad cuando ya la acción de anulabilidad se encontraba prescrita.

Atendiendo a lo razonado en la repetida sentencia de la Sección 5ª, esta Sala debe convenir con el Juez "a quo" que lo dispuesto en la misma no es aplicable al supuesto que ahora nos ocupa ni en el sentido que pretende la parte apelante en su recurso cuando en el mismo interesa que el "dies a quo" para el cómputo del plazo extintivo de cuatro años debe situarse en el momento en que la Sra. Estela descubrió y tuvo conocimiento pleno del verdadero tipo de instrumentos financieros de alto riesgo en que había invertido, lo que se produjo en octubre de 2008.

Y entendemos que no es aplicable al supuesto de autos, no solo por cuanto en el caso contemplado en la repetida sentencia de la Sección 5ª la entidad vendedora también era la emisora de las preferentes y por ello se indica en la misma, recogiendo el argumento de la parte apelada, que de acogerse la tesis de la recurrente "sería tanto como dar carta blanco al Banco de Santander", colocando en el mercado un producto financiero haciendo creer a los inversores que reembolsaría su importe transcurridos cinco años. Sino también, porque lo que se tiene principalmente en cuenta en dicha sentencia, a los efectos de determinar que la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento ejercitada en la demanda no había prescrito, es que la consumación del contrato (el art. 1.301 del CC EDL 1889/1 indica que el plazo de cuatro años de la acción de nulidad en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, empieza a correr desde la consumación del contrato) no se había producido hasta el vencimiento del ejercicio del derecho de amortización de la inversión que se reservaba a su favor la entidad emisora, una vez transcurridos 5 años desde la fecha de la emisión, que fue precisamente cuando se constató el error denunciado, puesto que lo que los actores consideraban como un hecho cierto, resultó ser una simple facultad del emisor.

Por lo que procede desestimar en este extremo el recurso de apelación.

OCTAVO.- En el tercer motivo del recurso, la parte actora, con carácter subsidiario del antes examinado motivo del recurso, alega que en la sentencia de instancia se ha infringido, por inaplicación, el art. 1.973 del CC EDL 1889/1 , en cuanto a la existencia de interrupción de la prescripción.

Respecto a ello, se manifiesta en el recurso que la sentencia de instancia, en el Fundamento de Derecho cuarto, solo considera acto interruptivo de la prescripción que declara la petición de las Diligencias Preliminares cursada por esta parte, negando tal efecto a los burofax remitidos a la entidad bancaria por los abogados de la clienta. Y para combatir tal extremo de dicha sentencia, la parte apelante manifiesta que los contenidos de los burofax aportados con la demanda como documentos dos y cuatro son suficientemente expresivos de la intencionalidad de la clienta de defender su derecho frente a BANKPIME sobre el único objeto que les vinculaba: las participaciones preferentes. Por lo que tales comunicaciones demuestran clara y suficientemente la existencia del "animus" y voluntad de la afectada de mantener y conservar sus derechos frente a BANKPIME por sus inversiones en participaciones preferentes, por lo que dichos actos deben tener virtualidad interruptora de la prescripción.

NOVENO.- Conforme tiene declarado el Tribunal Supremo, es doctrina reiterada de esta Sala la de que el instituto de la prescripción, al no estar constituido sobre los principios de la justicia intrínseca, ha de ser tratado con un criterio restrictivo, de tal modo que, en lo referente a la prescripción extintiva, en cuanto aparezca fehacientemente evidenciado el "animus conservandi" por parte del titular de la acción, incompatible con toda idea de abandono de ésta, ha de entenderse queda correlativamente interrumpido el "tempus prescriptionis". Cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditada y si por el contrario lo están el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de subvertir sus esencias.

Atendiendo a la referida doctrina del Tribunal Supremo, entendemos que el motivo del recurso de apelación que ahora nos ocupa deber ser estimado, y, por consiguiente, consideramos que los burofax aportados con la demanda son actos interruptivos de la prescripción, pues conforme alega la parte apelante en su recurso en el contexto que se vivía en aquellos momentos, en que había quebrado la entidad Lehman Brothers y ya había sido intervenida la entidad Kaupthing Bank, con la petición de documentación que se realizaba a través de aquellas comunicaciones de un bufets de abogados, cabía pensar fundadamente que tal petición de documentación tenía como finalidad la de analizar y evaluar la reclamación frente a BANKPIME y, por lo tanto, de tales comunicaciones cabe deducir fundadamente el deseo o afán de mantenimiento o conservación de las acciones por parte de la Sra. Estela frente a BANKPIME.

Por lo que procede estimar en este extremo el recurso de apelación.

DÉCIMO.- En el siguiente motivo de su recurso, la parte apelante alega que para el harto improbable supuesto de que se llegara a entender que la acción de anulabilidad se encuentra prescrita respecto de varias de las órdenes de compra objeto de la demanda, cabe significar que la sentencia no cae en la cuenta que esa acción no es la única que se ejercita a través de la demanda. Pues en la misma también se ejercita una acción de incumplimiento de las obligaciones legales impuestas a cargo de la entidad demandada, peticionándose en consecuencia la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por la actora derivados de dichos incumplimientos ( artículos 1.101 y 1.106 del Código Civil EDL 1889/1 invocados en la demanda). Siendo claro que tal acción de incumplimiento de las obligaciones legales no se encuentra en ningún caso prescrito, pues a tenor de lo dispuesto en el art. 1.964 del Código Civil EDL 1889/1 el plazo de prescripción sería quince años.

UNDÉCIMO.- Si examinamos los hechos de la demanda y los fundamentos de derecho y suplico de la misma podemos concluir tal y como alega la parte apelante en su recurso que, en dicha demanda, se ejercita también una acción de incumplimiento de las obligaciones legales impuestas a la demandada, solicitándose una indemnización de daños y perjuicios al amparo de los dispuesto en los artículos 1.101 y 1.106 del Código Civil EDL 1889/1.

Dicha acción conforme alega también la parte apelante en su recurso tiene un plazo de prescripción de 15 años, según se dispone en el art. 1.964 del Código Civil EDL 1889/1 . Lo que supone que la misma no se encuentra prescrita en relación con ninguna de las órdenes de compra objeto de la demanda, tal y como sostiene también la parte apelante en el motivo del recurso de apelación que ahora nos ocupa.

DUODÉCIMO.- En el quinto motivo del recurso de apelación se alega que la sentencia de instancia ha incurrido en error de la apreciación y valoración de la prueba, determinante de la inaplicación, de los arts. 1.261, 1.265, 1.266, 1.269, 1.270, 1.300 y 1.303 del Código Civil EDL 1889/1, así como la normativa contenida en el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo EDL 1993/16198 , Ley 24/1988, de 28 de julio EDL 1988/12634 -modificada por la Ley de 47/2007, de 19 de diciembre- del Mercado de Valores, y la normativa sobre Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984, de 19 de julio EDL 1984/8937 , y RDL 1/2007, de 16 de noviembre).

Así, se indica en dicho motivo del recurso que en la referida sentencia, en su Fundamento de Derecho quinto "in fine" se indica que "se considera que existen suficientes elementos documentales que permiten verificar que la información suministrada por la entidad bancaria fue adecuada y suficiente, atendiendo al conocimiento previo del producto a la actora, a sus antecedentes y experiencia, y a las concretas circunstancias de la inversión, a los efectos de deducir que el consentimiento al emitir las órdenes de compra no se encontraba viciado por el error, y en caso de que éste pudiera haber existido, no tenía carácter excusable". Alegando la parte apelante que está en absoluto desacuerdo con dicha apreciación judicial en base a las consideraciones siguientes:

1) La Sra. Estela ostenta la condición legal de usuaria de servicios de inversión, aplicándosele por lo tanto la normativa reguladora de la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Además, ostenta igualmente la calificación de inversora minorista.

2) La normativa contenida en el Real Decreto 629/1993 EDL 1993/16198 , vigente al tiempo de comercializar BANKPIME la mayoría de los productos objeto de demanda, exigía por parte de la comercializadora la obligación de recabar la información adecuada

sobre cada uno de los clientes, tratándose de un deber que además resulta de fundamental importancia tratándose de productos complejos de alto riesgo, como los ofertados a la Sra. Estela. Lo que suponía que BANKPIME debía, con carácter previo al ofrecimiento y venta de las participaciones preferentes, haber perfilado a la Sra. Estela con el fin de ofrecerle solo productos apropiados a su perfil. El personal al servicio de BANKPIME, señaladamente la Sra. Amelia, no elaboró un perfil inversor de la Sra. Estela, no confeccionó un histórico de inversión de la misma, si bien por los datos de que tuvo conocimiento la Sra. Estela jamás debió permitir que la cliente adquiriera participaciones preferentes y menos que llegara a colocar todos sus ahorros en este tipo de productos.

3) La naturaleza y características de las participaciones preferentes se ponen de manifiesto en la propia sentencia recurrida. Y las mismas líneas maestras y consideraciones se encuentran incluidas en el informe aportado por la entidad demandada, al decir en su página 40 que "conceptualmente son un híbrido entre un título de renta fija, por su rentabilidad fija anual, y un título de renta variable, por la volatilidad del valor del título, así como las rentabilidades condicionadas a los beneficios de la sociedad emisora". Y en el folleto informativo emitido por la Oficina de Atención al Inversor dependiente de la CNMV sobre las participaciones preferentes aportado por la parte demandada como documentos num. 1 de su contestación a la demanda.

4) En cuanto a la experiencia inversora de la actora, anterior a ser cliente de BANKPIME, no aparece acreditado en autos que la Sra. Estela antes de ser cliente de BANKPIME invirtiera en cualquier otro lugar en participaciones preferentes u otros productos complejos. En cualquier caso no ha quedado acreditado en autos, ni mucho menos, que la actora sea una persona experta en temas bursátiles o en materia de instrumentos financieros. Por lo que merece una censura lo afirmado por el Juez "a quo" en varios pasajes de la sentencia, aludiendo a la experiencia empresarial de la actora.

5) En cuanto a la idoneidad de las participaciones preferentes para la clase de inversión que pretendía realizar la Sra. Estela, es evidente que dicha señora no debía estar muy satisfecha con la suscripción de aquel fondo de inversión (típico producto de renta variable) que había concertado con Banesto, puesto que cuando ingresó como cliente de BANKPIME en marzo de 2003, dejó bien claro en lo que no quería invertir allí. Así, en palabras de la propia Sra. Amelia vertidas en su declaración en el acto del juicio, le dijo que no quería fondos de inversión. Y que "la Sra. Estela lo que quería eran tipos muy elevados de renta fija". De todo lo cual resulta claramente que las participaciones preferentes eran un producto inidóneo e inapropiado para lo que pedía la Sra. Estela. Por lo que estamos ante un claro incumplimiento por parte de BANKPIME de los deberes legales que tenía impuestos a su cargo, al haber permitido que la Sra. Estela adquiriera unos productos financieros inidóneos e inadecuados para la clase de inversión que había manifestado que quería realizar.

6) Una valoración conjunta, unitaria y racional del resultado de las pruebas practicadas en la instancia ponen de manifiesto justamente lo contrario de lo que se recoge en la sentencia de instancia, cuando en la misma se indica que la información suministrada a la actora por la entidad bancaria fue adecuada y suficiente.

7) La entidad BANKPIME omitió la información esencial a la Sra. Estela sobre el funcionamiento y los riesgos y posibles perjuicios que podían surgir en la contratación de las participaciones preferentes resultando productos financieros -complejos, de alto riesgo y especulativos-, inidóneos e inadecuados para los deseos de inversión manifestados expresamente a la Sra. Amelia, exponiéndola a una relación de beneficio-riesgo totalmente desaconsejable para un cliente minorista, vulnerando con ello las normas de conducta que rigen la prestación de los servicios de inversión. Lo sucedido con la Sra. Estela constituye una auténtica aberración financiera al haber permitido BANKPIME que terminara colocando todos los ahorros de su vida en participaciones preferentes.

8) Si el derecho de información del cliente es considerado la forma más importante de libertad contractual, debe concluirse que la actora prestó su consentimiento por error para la adquisición de las participaciones preferentes objeto de la demanda, por lo que las correspondientes órdenes de compra deben ser declaradas nulas, así como declararse el incumplimiento por parte de la entidad demandada de sus deberes legales de información, asesoramiento diligencia y lealtad que tenía con la Sra. Estela en relación con la adquisición de dichas participaciones preferentes, dando lugar a los pedimentos a) y b) del suplico de la demanda, con las consecuencias económicas peticionadas en el punto d) y e) dada la relación de causalidad existente entre aquella omisión de información y el menoscabo económico sufrido por la actora. En caso de no estimarse ello del modo tan contundente a como lo entiende esta parte, lo que sí debería estimarse a tenor del resultado de las pruebas practicadas en el juicio es que desde luego planean dudas sobre el suministro de correcta información a la actora sobre los riesgos que contraía con su inversión. Y ya es sabido que en caso de existencia de duda sobre ese hecho (o sea, la cumplida información suministrada a la actora sobre las características y riesgos inherentes a las participaciones preferentes) que funda la oposición de la parte demandada y sobre la que recae la carga de su demostración, el art. 217.1 de la LEC EDL 2000/77463 establece que debe desestimarse tal oposición, por lo que el resultado final sería el mismo: la estimación de la demanda.

9) Por último, se alega en el recurso que también en la fase de seguimiento de las inversiones de la Sra. Estela la entidad BANKPIME incumplió sus deberes de información, asesoramiento, diligencia y lealtad, por lo que subsidiariamente deberá responder de las pérdidas económicas sufridas por la actora a consecuencia de la inacción en comunicar aspectos relevantes que afectaban gravemente a las inversiones.

DÉCIMO-TERCERO.- En la sentencia antes citada de la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial se señala que:

"...como indica la SAP de Asturias de 27 de enero de 2010 EDJ 2010/5205 , el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación exigible. Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia pero sorprende, sobre todo, el prolijo

desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual. Y así el artículo 79 de la LMV, en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios; el RD 629/1993 EDL 1993/16198 concretó, aún mas, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto sobre la clientela (art. 4 del Anexo I), de la que solicitaran toda la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer, como del cliente en sí (art. 5) a quien deberán ofrecer y suministrar 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.

Esta especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño de dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan con las entidades financieras, y a cuyo sector concurren los consumidores, de forma masiva, tanto para la celebración de contrato mas simples, como la apertura de una cuenta, como a los mas complejos, como los productos de inversión con lo que se pretende rentabilizar los ahorros, saliendo al paso de ese modo de la cultura del "donde hay que firmar" que se había instalado en este ámbito.

Lo relevante, por tanto, es que la labor de asesoramiento de las entidades financieras sea personalizada, teniendo en cuenta y siempre, las circunstancias, personales y económicas que concurren y le son expuestas por sus clientes, de modo que suministrada al cliente toda la información necesaria, la decisión de adquirir unos u otros productos, es decir, la valoración de su adaptación a sus necesidades concretas, le corresponde exclusivamente a él y no al asesor, pues si bien es cierto, como apunta la SAP de Barcelona de 4 de diciembre de 2009 EDJ 2009/315622 , que "no puede exigirse un resultado concreto de la obligación derivada del contrato, puesto que en todo caso quien tiene la última palabra sobre la inversión es el cliente, no lo es menos que la decisión del inversor sólo puede correr con los riesgos de la operación si el gestor le informa de todos los extremos por él conocidos, que puedan tener relevancia para el buen fin de la operación, en otras palabras, sólo puede hacerse responsable al cliente del desafortunado resultado de la inversión si el gestor en su comisión, ha desempeñado sus obligaciones diligentemente... y a fin de determinar la manera en que dicha información, debe hacerse llegar a sus clientes de forma adecuada, los apartados 6 y 7 del mismo precepto (art. 79 LMV) establecen la obligación por parte de la entidad, en función del tipo de prestación ofrecida, de obtener información sobre el cliente, sus conocimientos y experiencia en el ámbito de la inversión".

Se ha de tener igualmente en cuenta, y de partida, que en relación con el "onus probandi" del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, que la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cual la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica de un ordenado empresario, y representante leal en defensa de sus clientes.

Las entidades son las que diseñan los productos y las que los ofrecen a sus clientes y, por ello, deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera del cliente a fin de que éste comprenda el alcance de su decisión, si es o no adecuada a sus intereses y se le va a poner o colocar en una situación de riesgo no deseada; pues, precisamente, la formación de voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe obtener toda la información necesaria para poder valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se contrata responde a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquellos a los que se obliga y de lo que va a recibir a cambio.

DÉCIMO-CUARTO.- En el supuesto que ahora nos ocupa tal y como alega la parte actora en su recurso de apelación, dicha actora debe ser calificada de cliente minorista, ostentando, además, la condición de consumidora. Por lo tanto, merecedora de la máxima protección.

Por otra parte debe tenerse en cuenta que las participaciones preferentes conforme resulta del folleto informativo emitido por la Oficina de Atención al Inversor dependiente de la CNMV, que fue aportado por la parte demandada con su contestación a la demanda (doc. num. 1, folio 374 y siguientes de los autos) son valores emitidos por una sociedad que no confieren participaciones en su capital ni derecho de voto, tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada. Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido. Las PPR no cotizan en bolsa. Se negocian en un mercado organizado, incluso pueden contar con un contrato de liquidez. No obstante su liquidez es limitada, por lo que no siempre es fácil deshacer la inversión.

Debe indicarse también que, atendiendo a lo expuesto en el Fundamento de Derecho anterior de la presente resolución sobre el derecho a la información en el sistema bancario y la protección dispensada al cliente, que el debate sobre el tipo de contrato que une a la actora y la demandada carece de transcendencia, teniendo en cuenta, además, que por la propia demandada al alegar el cumplimiento de su deber de información se asume implícitamente que su labor de asesoramiento excede de lo que podría entenderse como un simple contrato de administración y depósito de valores. Tal y como se ha indicado por la Sección 3ª y la 5ª de esta Audiencia Provincial en supuestos semejantes como el que ahora nos ocupa.

En la sentencia de fecha 13 de noviembre de 2012 dictada por la Sección 3ª de esta Audiencia Provincial EDJ 2012/256492 se señala que lo que determina la conducta informativa legalmente impuesta a la entidad bancaria no solo depende del tipo de relación jurídica



que se establezca entre ésta y el inversor, comercialización o asesoramiento, sino también, y de modo esencial, del perfil del cliente. Este puede ser minorista, profesional o contraparte elegible. El inversor minorista merece la protección máxima, cuando, además, los productos que se le venden son complejos como los de autos.

También se indica en dicha sentencia que la carga de la prueba de la correcta información y, sobre todo, en el caso de productos de inversión complejos, corresponde a la entidad financiera, por ser ella quien tiene la obligación legal de informar y no poderse imponer al inversionista la carga de probar un hecho negativo -la no información-.

Igualmente se indica en dicha sentencia de la Sección 3ª de esta Audiencia Provincial que la experiencia inversora previa no exime a la entidad bancaria de sus obligaciones de facilitar información precontractual al inversor minorista.

Consideramos procedente indicar también que en el supuesto que ahora nos ocupa no se trata de que la actora acudiera o se personara a las oficinas de la entidad demandada y teniendo conocimiento del producto financiero, solicitara más información sobre sus características y las ventajas y desventajas de dicha inversión.

Según manifestó la Sra. Amelia en su declaración prestada en el acto del juicio, la Sra. Estela lo que quería eran tipos muy elevados de renta fija. También le dijo que no quería fondos de inversión.

Consideramos procedente indicar también que de la prueba practicada en el procedimiento y en esta alzada no ha resultado acreditada la alegación formulada por la parte demandada en su contestación a la demanda en la que se señala que la demandante no tenía un perfil conservador -con independencia de la edad que tuviera en el momento de la compra de los activos- sino que, ya antes de tomar contacto con BANKPIME, había comprado participaciones preferentes con la intermediación de otras entidades financieras, cuyas características, ventajas y riesgos conocía perfectamente, motivada por una rentabilidad mayor para sus inversiones.

DÉCIMO-QUINTO.- El Juez "a quo" en la sentencia de instancia, en el Fundamento de Derecho séptimo de la misma, indica que la cuestión que debe resolverse es si la Sra. Estela fue informada de los diversos rasgos que de forma sustancial definen y caracterizan el producto de autos, o al menos, si se le suministraron las herramientas para que con la diligencia que cabe esperar a una persona de rasgos medios en lo relativo a unas muy importantes sumas de dinero por ella invertidas, pudiera conocer el alcance y consecuencias de su inversión.

Considerando dicho juzgador que el doc. num. 23 de la demanda, elaborado por la entidad bancaria con la finalidad de informar a la Sra. Estela de las características de su compra de 97 participaciones preferentes del Kaupthing Bank en octubre de 2007, tiene una importancia decisiva, ya que por sí solo permite verificar los hechos relevantes que se describen, a continuación, en la sentencia. Desprendiéndose de dicho documento, según entiende el Juez "a quo", que la actora tenía conocimiento, o al menos que pudo conocer, los elementos sustanciales del producto, tales como variaciones de su precio, que cotizaba en un mercado secundario, que tenía un vencimiento previsto para el año 2049 y que la amortización tenía un carácter facultativo para la entidad emisora.

DÉCIMO-SEXTO.- El documento num. 23 acompañado con la demanda al que hacer referencia el Juez "a quo" en el Fundamento de Derecho séptimo de la sentencia de instancia y que, conforme se indica en el mismo, fue elaborado por la entidad bancaria con la finalidad de informar a la Sra. Estela de las características de su compra de 97 participaciones preferentes de Kaupthing Bank en octubre de 2007 es del tenor literal siguiente:

Bankpime

(1)Kaupthing Bank es el primer Banco Islandés, opera en los países nórdicos, Reino Unido, Suiza, Luxemburgo y EEUU. Ofrece servicios de banca privada y banca de inversión, así como banca minorista en Islandia. Es uno de los bancos europeos que más ha crecido en los últimos años, y que se encuentra en continua expansión hacia otros países del norte de Europa. En el año 2006, obtuvo unos beneficios netos de 1.011 millones de euros.

Productos: Participaciones Preferentes

Emisor: Kaupthing Bank

Rating: A-

Primera Call: 06/07/2012. Esta es la fecha a partir de la cual el emisor puede decidir amortizar la emisión. Si a esa fecha no amortiza se prorroga por trimestres.

Cupón: 6,75% anual con pago trimestral (Enero-Abril-Julio-October). Sobre el nominal.

Precio: 92,50% + 0,430% de cupón corrido a fecha de día 29/10/2007

Isin: XS0308636157

Liquidez: abono en tres días al precio que esté en mercado secundario.

Custodía: 0,25% anual sobre el patrimonio efectivo. Se cobra por semestres (15 de junio y 15 de diciembre)

Cuando Kaupthing Bank decida amortizar la emisión recibiríamos el valor nominal, es decir: pagamos 929,30 Eur. la participación y recibiríamos 1.000 Eur.

Por ejemplo para una inversión de 90.142,10 Eur.:

Coste de la compra: 97 participaciones \* 929,30 Eur. = 90.142,10 Eur. invertidos, pero realmente cobraremos intereses sobre 97 \* 1.000Eur. = 97.000Eur. y encima si amortizan, directamente ganamos 6.857,90 Eur. **SÓLO POR EL HECHO DE HABER COMPRADO LAS PARTICIPACIONES MAS BARATAS!!**

Los intereses que cobraríamos serían:

97.000Eur. \* 6,75% 6.547,50Eur. brutos anuales.

(1.178,55) 18%IRPF

(225,35) gastos anuales de custodia: 0,25% \* 90.142,10Eur.

-----

5.143,60Eur. netos anuales

Como dicho interés se paga trimestralmente, el importe neto que cobraríamos sería 1.285,90 Eur. / trimestre.

**DÉCIMO-SÉPTIMO.-** Atendiendo al tenor literal de dicho documento esta Sala no puede convenir con la interpretación que, del mismo, realiza el Juez "a quo" en la sentencia de instancia y que le lleva a concluir que tiene una importancia decisiva par entender que del repetido documento se desprende que la actora tenía conocimiento, o al menos que pudo conocer, los elementos sustanciales del producto.

Y ello ya que aún cuando en el repetido documento figuran o se hacen constar las características que se recogen en la sentencia de instancia lo cierto es que lo único que se destaca en el mismo son las ventajas o bondades del producto, resaltándose en mayúsculas la importante ganancia que se podría obtener... y encima si amortizan, directamente ganamos 6.857,90 Eur. **SÓLO POR EL HECHO DE HABER COMPRADO LAS PARTICIPACIONES MAS BARATAS!!**. No indicándose, por el contrario, de manera clara, ni deduciéndose de su contenido que, conforme se indica en el documento de la Oficina de Atención del Inversor dependiente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores al que antes nos hemos referido, el producto del que se informa tiene carácter perpetuo y es de riesgo elevado ya que puede generar rentabilidad pero también pérdidas en el capital invertido. Que su liquidez es limitada por lo que no siempre es fácil deshacer la inversión.

Por todo ello es por lo que esta Sala debe concluir que el documento elaborado por la entidad bancaria con la finalidad de informar a la Sra. Estela sobre las características de su compra de 97 participaciones preferentes de Kaupthing Bank en octubre del 2007 no contiene la información necesaria y suficiente para que dicha Sra. Estela pudiera decidir con pleno conocimiento de causa sobre la conveniencia o no de la suscripción de la emisión. Tratándose el producto bancario objeto de contratación de un instrumento financiero complejo y de alto riesgo, la información facilitada a la actora, acerca de su naturaleza jurídica y características fue deficiente; principalmente, en el aspecto más relevante de tal producto; es decir, el capital garantizado.

**DÉCIMO-OCTAVO.-** En el Fundamento de Derecho octavo de la sentencia de instancia, se indica que asimismo es cierto que la Sra. Estela, nacida en 1934, contaba con una avanzada edad en la fecha en que suscribió las participaciones preferentes, pero que tal edad avanzada no implica falta de capacidad para contratar, debiendo presumirse que se encontraba en pleno uso de sus facultades mentales de querer y entender.

También se indica que no puede obviarse que la actora ha invertido en productos de alto riesgo elevadas sumas de dinero, y así se califica el FIM suscrito por la actora y gestionado por la entidad Santander Asset Mangement SA. Y que, en todo caso, no es suficiente la declaración de sus familiares y allegados para deducir que su carácter es del todo conservador y ajeno al riesgo, en primer lugar porque la Sra. Estela no les consultaba todas las operaciones de inversión que realizaba, y además porque la prueba documental desmiente que no estuviera dispuesta al asumir riesgos, tal y como refleja su inversión en el FIM gestionado por el Santander Asset Management SA.

También se indica en el Fundamento de Derecho octavo que si bien el producto adquirido tiene un carácter complejo (al combinar elementos de la renta fija y de la renta variable), sus elementos principales resultan comprensibles para una persona de rasgos medios. Además, la actora ha sido una persona con vida económica independiente y que como profesional ha estado al frente de una empresa y aunque fuera pequeña, no por ello estaría en su calidad de empresaria menos acostumbrada a la toma de decisiones por ella misma. Considerando el Juez "a quo" que no resulta creíble que una persona con experiencia profesional aceptaría la obtención de unos rendimientos superiores a lo habitual sin antes llevar a cabo las oportunas comprobaciones.

A continuación, se hace referencia en la sentencia de instancia a la declaración testifical del Sr. Juan Ramón.

Se hace nuevamente referencia al documento num. 23 aportado con la demanda y a las órdenes de compra, de los que deduce el Juez "a quo" que la Sra. Estela tenía conocimiento de lo que estaba adquiriendo y de sus rasgos principales. Lo que queda reforzado con la información suministrada por el banco trimestralmente y con la información relativa a la declaración de renta.

En el Fundamento de Derecho noveno de la sentencia de instancia, el Juez "a quo" razona que asimismo debe destacarse que la inversión realizada por la actora, atendiendo a su situación personal en el momento de llevarla a cabo y a su carácter independiente, resultaba compatible con sus necesidades económicas.

En el Fundamento de Derecho décimo de la sentencia de instancia el Juez "a quo" indica que el art. 79 bis de la Ley de Mercado de Valores solo es de aplicación a la última de las adquisiciones (participaciones preferentes de Kaupthing Bank en febrero de 2008). Y añade que si bien es cierto que no consta entregada documentación relativa al producto, por ejemplo un folleto informativo como

el documento 1 de la contestación, esta ausencia no implica necesariamente que el consentimiento se encuentra viciado, dado que la actora a inicios de 2008 tenía una considerable experiencia previa de este tipo de productos que venía adquiriendo sucesivamente desde el año 2003.

También se indica en la sentencia de instancia que respecto a las adquisiciones efectuadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 47/2007 EDL 2007/212884 la demandada no estaba obligada a efectuar una valoración del perfil de la actora, ni a publicar las condiciones de la emisión al cotizar en un mercado secundario, como tampoco a entregar el folleto de la emisión y la información que ésta confiere del producto. Asimismo debe destacarse -se sigue indicando en la sentencia de instancia- que la intervención de la demandada se limitaba a actuar de intermediaria en el marco de un contrato de administración que no se debe confundir con un contrato de asesoramiento de inversión ni con el de gestión de cartera.

Reiterándose en dicho Fundamento de Derecho la amplia información que la actora recibía de forma periódica por medio de extractos trimestrales relativos a la composición de la cartera de valores y los boletines anuales de información fiscal.

En el Fundamento de Derecho décimo-primero se analiza el marco contractual establecido entre la actora y BANKPIME en virtud del documento num. 8 de la demanda, suscrito en fecha 7 de agosto de 2003, indicándose que se trata de un contrato que obliga al depositario a la conservación y custodia de los títulos, así como a la administración conservativa de los valores, lo que también implica el ejercicio cuidadoso de los derechos inherentes a los valores administrados. Pero que no es un contrato de asesoramiento financiero o de gestión de cartera de valores.

Considerando el Juez "a quo" que no se había acreditado la existencia del incumplimiento contractual alegado en la demanda, por lo que no procedía la indemnización de daños y perjuicios solicitada.

Por último, en el Fundamento de Derecho décimo-segundo se valora el informe pericial aportado por la entidad demandada, considerando el Juez "a quo" que es un medio idóneo a los efectos de formar la necesaria convicción judicial respecto a los hechos de carácter objetivo que en el mismo aparecen constatados, atendiendo a su rigor, seriedad y profundidad.

Para concluir en base a todo lo indicado:

Conforme a lo anteriormente expuesto, procede desestimar la demanda, destacando que no se aprecia vicio en el consentimiento de la actora respecto a las órdenes de compra cuya nulidad se pretende. A lo anterior cabe añadir que en todo caso se considera que la entidad demandada ofreció un suministro constante de información a la actora (persona con experiencia empresarial y acostumbrada a sopesar riesgos e inconvenientes y que además había adquirido en numerosas ocasiones de forma satisfactoria este tipo de productos durante un largo período tiempo, durante el que pudo realizar las comprobaciones que considerara oportunas, tal y como haría un inversor cuidadoso), sin que pueda obviarse que la reiterada compra de participaciones emitidas por los demás diversos bancos, pero que siempre eran entidades consideradas de la mayor solvencia, sólo puede entenderse si obedece a un razonable plan inversor. Por todo ello, no se aprecia incumplimiento por la parte actora (sic) generador de un vicio del consentimiento, por lo que no resulta procedente declarar la nulidad solicitada ni por tanto la restitución que se reclama como consecuencia de ella ni indemnización de daños y perjuicios.

DÉCIMO- NO VENO.- Esta Sala no puede convenir con la valoración que de la prueba practicada en el procedimiento ha verificado el Juez "a quo" en la sentencia de instancia, y, por lo tanto, no podemos mostrar nuestra conformidad con la conclusión que se llega en la misma para desestimar la demanda.

Dicha discrepancia, aparte de los que hemos indicado anteriormente sobre la valoración del documento num. 23 aportado con la demanda, se fundamenta en las consideraciones siguientes:

Según ya hemos indicado en el Fundamento de Derecho décimo-cuarto de la presente resolución, la actora, Sra. Estela, debe ser calificada de cliente minorista, ostentando, además, la condición de consumidora. Por lo tanto, merecedora de la máxima protección, cuando, además, los productos que se le ofrecen son complejos y de riesgo elevado.

En el Fundamento de Derecho décimo-tercero de la presente resolución hemos transcrito parte de la sentencia de la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial, debiendo de destacar aquí lo que se indica en la misma, recogiendo de lo señalado por la SAP de Asturias de 27 de enero de 2010, en el sentido de que examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito que se desarrolle con transparencia, pero sorprende sobre todo, el prolijo desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual. Y así el art. 79 de la LMV, en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de un gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios; el RD 629/1993 EDL 1993/16198 (que en el supuesto que ahora nos ocupa y como alega la parte actora en su recurso de apelación estaba vigente al tiempo de la adquisición de la mayoría de los productos objeto de la demanda), concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto sobre la clientela (art. 4 del Anexo I), de la que solicitaran toda la información necesaria a 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, como del cliente en sí (art. 5) a quién deberán ofrecer y suministrar toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ello de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos.

Es decir, tal y como alega la parte apelante en su recurso de apelación el referido Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo EDL 1993/16198, exigía a las entidades financieras recabar una adecuada información acerca de la clientela, a los fines de conocer su

experiencia inversora y los objetivos de la inversión, al objeto de poder ofrecer el consejo y asesoramiento idóneos para la elección del producto que más y mejor se ajuste o adecue a sus necesidades.

En cuanto a la experiencia inversora de la actora, anterior a su cliente de BANKPIME, la Sra. Estela tal y como se recoge en la sentencia de instancia consta como titular de un Fondo de Inversión BANESTO RENTA VARIABLE ESPAÑOLA FIM.

No aparece acreditado, sin embargo, lo alegado por la parte demandada en la contestación a la demanda, en el sentido de que antes de tomar contacto con BANKPIME, la Sra. Estela había comprado participaciones preferentes con la intermediación de otras entidades financieras, por lo que ya las características, ventajas y riesgos de dicho producto financiero.

De todas maneras, consideramos que, ni del hecho de que la Sra. Estela fuera titular de un fondo de inversión con anterioridad a ser cliente de BANKPIME ni tampoco del hecho de que dicha señora hubiera estado al frente de una pequeña empresa (había sido modista y había sido titular de una tienda de ropa), pueda deducirse en manera alguna que la repetida Sra. Estela fuera experta en temas bursátiles; es decir, tuviera experiencia en materia de instrumentos financieros, y menos si estos eran complejos y de elevado riesgo.

A mayor abundamiento debe tenerse en cuenta que conforme se indica en la sentencia de la Sección 3ª de esta Audiencia Provincial de fecha 13 de noviembre de 2012, la experiencia inversora previa no exime a la entidad bancaria de sus obligaciones de facilitar información precontractual al inversor minorista. Y conforme hemos reiterado en esta resolución la Sra. Estela debe ser calificada de cliente minorista, ostentando, además, la condición de consumidora.

Por consiguiente, en el supuesto que ahora nos ocupa, la entidad demandada venía obligada legalmente a facilitar a la Sra. Estela toda la información y el asesoramiento necesario para que dicha señora pudiera decidir con pleno conocimiento de causa acerca de los riesgos inherentes a la inversión en esos productos complejos, tal y como alega la parte apelante en su recurso.

Es decir, tal y como se recoge en la sentencia de la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial, la formación de voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe obtener toda la información necesaria para poder valorar adecuadamente cual es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se contrata responde a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquellos a los que se obliga y de lo que va a recibir a cambio.

A lo que debe añadirse que en cuanto al derecho a la información en el sistema bancario y a la protección dispensada al cliente, tal y como hemos expuesto en el Fundamento de Derecho décimo-cuarto de la presente resolución, siguiendo lo indicado por la Sección 3ª y 5ª de esta Audiencia Provincial, carece de transcendencia el debate sobre el tipo de contrato que une a la actora y la demandada, teniendo en cuenta, además, que por la propia demandada al alegar el cumplimiento de su deber de información se asume implícitamente que su labor de asesoramiento excede de lo que podría entenderse como un simple contrato de administración y depósito de valores.

A todo ello debemos añadir, lo que ya pusimos de manifiesto en el repetido Fundamento de Derecho décimo-cuarto de la presente resolución, en el sentido de que en el supuesto de autos no se trata de que la ahora apelante acudiera o se personara a las oficinas de la entidad demandada y teniendo conocimiento del producto financiero, solicitara más información sobre las características y las ventajas y desventajas de dicha inversión. Y que la Sra. Amelia en su declaración prestada en el acto del juicio, manifestó que lo que quería la Sra. Estela eran tipos muy elevados de renta fija. También le dijo que no quería fondos de inversión.

De lo que en un principio debe deducirse, tal y como alega la parte apelante en su recurso, que las participaciones preferentes eran un producto inidóneo e inapropiado para lo que pedía la Sra. Estela.

VIGÉSIMO.- Conforme se indica en la sentencia de la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial fecha 21 de marzo de 2011 EDJ 2011/76824, se ha de tener en cuenta, y de partida, que en relación con el "onus probandi" del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, que la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cuál la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de sus clientes, lo cual es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos (los clientes) se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (AP Valencia 26-04-2006 EDJ 2006/305502).

En el supuesto que ahora nos ocupa esta Sala considera, atendiendo a lo que hemos expuesto en los Fundamentos de Derecho anteriores de la presente resolución y a lo que se indicará a continuación que la entidad bancaria demandada, sobre quien recaía la prueba, no ha acreditado que diera debido cumplimiento a su obligación de asesoramiento e información.

Antes al contrario, consideramos que de la prueba practicada puede concluirse que, tratándose los productos bancarios objeto de contratación de instrumentos financieros complejos y de alto riesgo, la información facilitada a la actora fue deficitaria.

A tales efectos y aparte, conforme hemos indicado, de lo que se ha razonado de los anteriores Fundamentos de Derecho de la presente resolución, debemos señalar lo siguiente en cuanto a los documentos a que hace referencia el Juez "a quo" en la sentencia de instancia:

En primer lugar, y en cuanto a las órdenes de compra, entendemos, tal y como alega la parte apelante en su recurso, que la información contenida en las mismas resulta manifiestamente insuficiente, al omitirse cualquier referencia sobre los graves riesgos que entrañan las participaciones preferentes. No se indica, de manera expresa, la posibilidad de que el cliente perdiese, total o parcialmente, el capital invertido.

Por lo que se refiere al documento num. 23 acompañado con la demanda debemos dar por reproducido aquí lo que hemos expuesto en el Fundamento de Derecho décimo-séptimo de la presente resolución.

En cuanto a los informes trimestrales y la información relativa a la declaración de renta deba indicarse, conforme alega la parte apelante en su recurso, que la información relevante a los efectos exigidos por la normativa del Mercado de Valores, es la que debe proporcionar la entidad financiera con anterioridad a la compra de los activos de manera que el inversor pueda formar su convicción para tomar la decisión con pleno conocimiento de causa. O como hemos indicado al referirnos a la sentencia de la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial, la formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe obtener la información necesaria para poder valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia.

VIGÉSIMO-PRIMERO.- En cuanto a las consideraciones que se realizan en el Fundamento de Derecho décimo de la sentencia de instancia, en el sentido de que el art. 79 bis de la Ley 47/2007, de Mercado de Valores EDL 2007/212884, solo es aplicable a la última de las adquisiciones (participaciones preferentes de Kaupthing Bank en febrero de 2008), debemos remitirnos a lo expuesto en los Fundamentos de Derecho anteriores de la presente resolución, especialmente cuando hemos hecho referencia a lo dispuesto en el art. 79 de la Ley de Mercado de Valores, en su redacción primitiva, y sobre todo al R.D. 629/1993 EDL 1993/16198 y lo dispuesto en los artículos 4 y 5 del Anexo I.

Por otra parte entendemos que el hecho de que la actora hubiese adquirido este tipo de productos desde el año 2003 no implica, según se considera en la sentencia de instancia, que dicha actora tuviera un considerable experiencia previa. Pues lo cierto es que de lo actuado en el procedimiento esta Sala considera, tal y como alega la parte apelante en su recurso, que la falta de información acerca de la naturaleza, características y riesgos de las participaciones preferentes es predicable y arranca desde la primera suscripción de estos productos por la Sra. Estela en BANKPIME en el año 2003. Lo que sucedió es que dicha falta de información no había trascendido antes porque las operaciones se fueron realizando sin haberse suscitado ningún problema, pues se fueron cobrando los cupones puntualmente y los emisores amortizaron sus emisiones en los plazos que estaban previstos.

VIGÉSIMO-SEGUNDO.- Por todo lo hasta aquí razonado debemos concluir que en el supuesto que ahora nos ocupa la entidad demandada omitió información esencial a la Sra. Estela sobre el funcionamiento y los riesgos y posibles perjuicios que podían surgir de la contratación de las participaciones preferentes lo que condujo a que dicha señora Estela prestara su consentimiento por error en la adquisición de las participaciones preferentes de autos.

En su consecuencia, procede estimar el recurso de apelación en los términos que se expondrán a continuación:

Debe estimarse la demanda en el extremo a) del suplico de la misma y, por lo tanto, declarar que la entidad ha infringido sus deberes legales de información, asesoramiento, diligencia y lealtad que tenía respecto a la actora, en relación con la adquisición por ésta de las "participaciones preferentes" a que se contrae la demanda.

En cuanto a lo solicitado en el extremo b) de la misma, debe declararse que a consecuencia de dichas infracciones en la fase inicial de las operaciones, son nulas por haberse prestado el consentimiento viciado, por error, las órdenes de compra de las "participaciones preferentes" dadas por la actora cuya acción de anulabilidad no había prescrito al interponerse la demandada por los motivos expuestos en los Fundamentos de Derecho anteriores de la presente resolución; es decir, la de 27 de mayo de 2005 de Norddeutsche Landesbank; la de 26 de septiembre de 2005 de Lehman Brothers; y las de 29 de octubre de 2007, 6 de febrero de 2008 y 8 de diciembre de 2006, todas ellas de Kaupthing Bank.

En cuanto a lo solicitado en el extremo d) del suplico de la demanda procede declarar que la entidad demandada como restitución del valor de la inversión en cuanto a las antes referidas órdenes de compra de participaciones preferentes declaradas nulas; y como indemnización de daños y perjuicios derivados de su incumplimiento en cuanto a las órdenes de compra de fecha 21 de enero de 2005 de Deutsche Bank Var. y de 16 de marzo de 2005 de Royal Bank Scotland (respecto de las cuales la acción de anulabilidad por vicio de consentimiento había prescrito cuando se interpuso la demanda pero no había prescrito la acción de incumplimiento de las obligaciones según lo que hemos expuesto en el Fundamento de Derecho décimo de la presente resolución), viene obligada a abonar a la actora la cantidad de 207.514,90 Eur., sin deducir de la misma comisión o gasto alguno, más los intereses legales devengados por las cantidades invertidas desde el día en que lo fueron y hasta su completo pago. Debiéndose descontar el importe a que ascendieron los intereses o cupón corrido percibidos por la actora.

Por lo que se refiere a lo solicitado en el apartado e) del suplico de la demanda, indemnización de 18.000 Eur. en concepto de daño moral, esta Sala considera que no procede su estimación. Y ello por cuanto los informes médicos aportados con la demanda bajo el num. 25 de los documentos acompañados con la misma para fundamentar tal pretensión, fueron expresamente impugnados por la parte demandada en su contestación a la demanda, en la que se alegó que carecían de la más mínima objetividad e imparcialidad, como lo evidenciaba palmariamente que se entremezclaran consideraciones médicas con exhortaciones expresas para el reintegro de los depósitos que son objeto del procedimiento, lo que permite pensar que han sido confeccionadas "ad hoc" para la reclamación judicial que nos ocupa. Los informes no contienen historia clínica de la paciente que permitiera saber si ya ha tenido otros episodios como el que se describe, ni valora otras circunstancias que puedan haber originado el estado depresivo, sino que directamente lo imputa a la problemática surgida con el banco. Sin embargo, a pesar de tal impugnación, la parte actora en el acto de la Audiencia Previa no propuso prueba alguna para combatir tal impugnación. Entendiendo esta Sala que dicha prueba era necesaria por cuanto debemos convenir con lo alegado por la

parte demandada en su contestación a la demanda en el sentido de que los informes médicos aportados con la demanda no contienen la explicación o información suficiente para poder considerar acreditado el daño moral cuya indemnización pretende en la demanda.

Por todo ello procede estimar parcialmente el recurso de apelación, revocar la sentencia de instancia y estimar parcialmente la demanda en los términos que han quedado expuestos.

VIGÉSIMO-TERCERO.- Al estimar parcialmente la demanda no procede hacer especial pronunciamiento de las costas de primera instancia conforme lo dispuesto en el art. 394.2 de la LEC. EDL 2000/77463 Y al estimar parcialmente el recurso de apelación, tampoco procede hacer especial pronunciamiento de las costas de esta alzada, según lo previsto en el art. 398.2 de la LEC. EDL 2000/77463

En virtud de cuanto antecede,

## FALLO

1) Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. ANTONIO COLOM FERRA, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Estela, contra la sentencia de fecha 18 de mayo de 2012, dictada por el Ilmo. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia num. 10 de los de Palma, en el procedimiento del cual el presente Rollo dimana, cuya sentencia, en su consecuencia, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS, y en su lugar:

2) Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS PARCIALMENTE LA DEMANDA interpuesta por el referido Procurador en la mencionada representación contra el BANCO DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA S.A. (BANKPIME) y debemos DECLARAR Y DECLARAMOS:

A) Que la entidad demandada ha infringido sus deberes legales de información, asesoramiento, diligencia y lealtad que tenía respecto a la actora, en relación con la adquisición por ésta de las "participaciones preferentes" a que se contrae la demanda.

B) Que, a consecuencia de dichas infracciones en la fase inicial de las operaciones, son nulas por haberse prestado el consentimiento viciado, por error, las órdenes de compra de las participaciones preferentes de Norddeutsche Landesbank, de Lehman Brothers y la Kaupthing Bank.

C) Que la entidad demandada como restitución del valor de la inversión en cuanto a las antes referidas órdenes de compra; y como indemnización de daños y perjuicios derivados de su incumplimiento en cuanto a las de Deutsche Bank Var. y Royal Bank Scotland viene obligada a abonar a la actora la cantidad de 207.514,90 Eur., sin deducir de la misma comisión o gasto alguno, más los intereses legales devengados por las cantidades invertidas desde el día en que lo fueron hasta su completo pago. Debiéndose descontar el importe a que ascendieron los intereses o cupón corrido percibidos por la actora.

3) Y debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a la entidad demandada a estar y pasar por todas las anteriores declaraciones y a pagar las cantidades antes referidas.

Sin hacer expresa imposición de las costas de primera instancia.

4) No se hace expresa imposición de las costas de esta alzada.

Recursos.- Conforme al art. 466.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 EDL 2000/77463 , contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación, por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella.

Órgano competente.- Es el órgano competente para conocer de ambos recursos -si bien respecto del extraordinario por infracción procesal sólo lo es con carácter transitorio) la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.

(Sentencia num. 78/2013)

Plazo y forma para interponerlos.- Ambos recursos deberán interponerse mediante escrito presentado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, suscrito por Procurador y autorizado por Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal, en virtud de la reforma introducida por la Ley 37/2011 de 10 de octubre EDL 2011/222122 .

Aclaración y subsanación de defectos.- Las partes podrán pedir aclaración de la sentencia o la rectificación de errores materiales en el plazo de dos días; y la subsanación de otros defectos u omisiones en que aquella incurriere, en el de cinco días.

- No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno.

- Debiéndose acreditar, en virtud de la disposición adicional 15<sup>a</sup> de la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre EDL 2009/238888 , el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta de esta sección cuarta de la Audiencia Provincial num. 0494, debiéndose especificar la clave del tipo de recurso.

- Asimismo en virtud de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre EDL 2012/240441 deberá aportarse el justificante de la liquidación de la tasa judicial.

Así, por esta nuestra sentencia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

Sr. MIGUEL ANGEL AGUILO MONJO Sr. MIGUEL ALVARO ARTOLA FERNANDEZ Sra. JUANA MARÍA GELABERT FERRAGUT

Publicación. Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente D<sup>a</sup> JUANA MARÍA GELABERT FERRAGUT, que lo ha sido en este trámite, en el mismo día de su audiencia pública señalado en el encabezamiento, doy fe.

**Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 07040370042013100085**