

NOTIFICADO 16/01/1

Juzgado de Primera Instancia núm. 4
L'Hospitalet de Llobregat

Procedimiento: Juicio Ordinario nº

SENTENCIA Nº 10/15

En L'Hospitalet de Llobregat, a catorce de enero de dos mil quince.

Vistos por la Ilma. Sra. Dña. SUSANA CASAÑ NAVARRO, Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de L'Hospitalet de Llobregat, los autos de Juicio Ordinario nº promovido por el procurador Sr. Moratal, en nombre y representación de D.

Y DÑA., dirigidos por el letrado Sr. Serrano, frente a IPME 2012, S.A., (antes BANCO DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA "BANKPYME") representado por el procurador Sra. Ribote y dirigido por el letrado Sr. Champelo y frente a CAIXA BANK S.A., representado por el procurador Sr. Segura y dirigido por el letrado Sr.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el procurador Sr. Moratal, en la representación indicada, se presentó demanda que correspondió a este juzgado, y con base a los hechos y derechos que alega, suplica se dicte sentencia por la que: 1.- Se declare el incumplimiento por parte de Bankpyme ahora Ipme 2012 SA de sus obligaciones contractuales en cuanto al pacto de recompra de valores, así como de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta de los instrumentos objeto de la presente demanda. Como consecuencia de esta declaración se resuelva el contrato por el que se adquirieron en fecha 26 de julio de 2006 los bonos de Fergo Aisa por un valor nominal de 56.000 € demandada a devolver a los actores la cantidad de 56.000 € mas los gastos de custodia directamente vinculados a estos valores, a concretar en ejecución de sentencia, mas los intereses legales sobre estos importes hasta su efectivo pago, compensando todo ello con los importes recibidos por la parte actora en concepto de intereses por importe de 1.470 € el de 5.934'01 €. 2.- Subsidiariamente, se declare la nulidad del referido contrato y, en consecuencia, se condene a la demandada a la restitución del importe de de 56.000 € mas los gastos de custodia directamente vinculados a estos valores, a concretar en ejecución de sentencia, mas los intereses legales sobre estos importes hasta su efectivo pago, compensando todo ello con los importes recibidos por la parte actora en concepto de intereses por importe de 1.470 € fue rectificado por el de 5.934'01 €.

Todo ello con imposición de costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- Se admitió a trámite la demanda y se emplazó a la demandada que compareció representada por el procurador Sra. Ribote. Por el citado procurador, en la representación indicada, se presentó escrito de contestación a la demanda, y, en base a los hechos y derechos que alega, suplica se dicte sentencia por la que se desestime la demanda con expresa condena en costas al actor. Posteriormente, al estimarse la excepción de litisconsorcio pasivo necesario se amplió la demanda frente a CAIXA BANK S.A y se emplazó a esta demandada que compareció representada por el procurador Sr. Segura. Por el citado procurador, en la representación

indicada, se presentó escrito de contestación a la demanda, y, en base a los hechos y derechos que alega, suplica se dicte sentencia por la que se desestime la demanda con expresa condena en costas al actor.

TERCERO.- Se celebró la preceptiva audiencia previa con la comparecencia de ambas partes y con el resultado que obra en autos, tanto la actora como la demandada se ratificaron en sus pretensiones y, solicitaron el recibimiento del pleito a prueba. Se recibió el pleito a prueba y cada una de las partes propuso las que estimó oportunas, admitiéndose las que constan debidamente documentadas en el acta y en la grabación. Se convocó a las partes a juicio para la práctica de la prueba admitida y conclusiones.

CUARTO.- Llegado el día del juicio comparecieron ambas partes, llevándose a efecto la prueba propuesta y admitida, con el resultado que es de ver en la grabación del sonido e imagen unida a autos y que se da aquí por reproducido, declarándose los autos conclusos para sentencia, previa exposición de conclusiones por la parte actora y por la parte demandada.

QUINTO.- Esta resolución se dicta dentro del plazo previsto en el art. 434 LEC.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Por la parte actora se ejercita, con carácter principal, acción de acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios, alegando que Bankpime ahora Ipme 2012 SA ha incumplido sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta de bonos de Fergo Aisa por un valor nominal de 56.000 €. a los actores en fecha 26 de julio de 2006, por lo que solicita se condene a la parte demandada al pago de 56.000 euros en concepto de daños y perjuicios mas los gastos de custodia directamente vinculados a estos valores, a concretar en ejecución de sentencia, mas los intereses legales sobre estos importes hasta su efectivo pago, compensando todo ello con los importes recibidos por la parte actora en concepto de intereses, estando de acuerdo ambas partes en la audiencia previa en que este concepto ascendía a 5.934'01 €.

La parte codemandada Ipme 2012 SA se opone alegando en el siguiente orden: que su negocio bancario fue transmitido a Caixabank, que los actores percibieron rendimientos por la adquisición de los indicados bonos, caducidad de la acción, que los actores fueron debidamente informados y tenían conocimientos financieros y que las cláusulas del contrato suscrito son claras para comprender la mecánica de los productos financieros, que los riesgos del contrato constan debidamente especificados en las cláusulas, por lo que no hay falta de diligencia, lealtad e información en la venta referida. Así mismo alega que no era de aplicación la normativa Mifid, que no había contrato para prestar un servicio de asesoramiento y que la entidad financiera no incumplió ninguna obligación. También alega que hubo ratificación de la adquisición de esos productos al haber percibido los rendimientos.

La parte codemandada Caixabank se opone a la estimación del litisconsorcio pasivo necesario y a la ampliación de la demanda, falta de legitimación pasiva ad causam, caducidad o prescripción de la acción y "retraso desleal de la acción". Así mismo alega que no era de aplicación la normativa Mifid, que no había contrato para prestar un servicio de asesoramiento y que la entidad financiera no incumplió ninguna obligación. También alega que hubo ratificación de la adquisición de esos productos al haber percibido los rendimientos.

SEGUNDO.- La parte demandada alega caducidad o prescripción de la acción y "retraso desleal de la acción". Respecto de la caducidad, comoquiera que esta se refiere a la acción de nulidad, ejercitada con carácter subsidiario, se analizará en el caso de no estimarse la acción principal. En cuanto a la prescripción, la parte demandada solo la menciona en la contestación pero no efectúa alegación alguna y, en los fundamentos de derecho no invoca ninguno relativo a la prescripción,

por lo que hay que entender que opone únicamente caducidad.

Por lo que respecta al retraso desleal en el ejercicio del derecho., el art. 7 del CC establece que "los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe". La buena fe ha sido interpretada como principio general o como cláusula abierta, aunque en definitiva debe considerarse como un principio positivizado que impone deberes a los titulares de los derechos. En el art. 7 del CC se recoge uno de los aspectos principales de las consecuencias de la buena fe y comporta determinar lo que deba entenderse por retraso desleal en el ejercicio del derecho. Se enuncia diciendo que "un derecho subjetivo o una pretensión no pueden ejercitarse cuando el titular no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer y ha dado lugar, con su actitud omisiva, a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que ya no se ejercitará el derecho".

En el derecho alemán surge la figura de la *Verwirkung* cuya virtud resulta inadmisibles que el derecho se ejerza con un retraso objetivamente desleal. Esta figura debe ajustarse a las tradicionales del derecho privado que se ocupan también, en cierto sentido, del aspecto del ejercicio retrasado y muy especialmente con la prescripción extintiva y la renuncia tácita. La doctrina indica que la figura del retraso desleal se distingue de la prescripción porque, si bien en ambas se requiere que el derecho no se haya ejercido durante un largo tiempo, en el ejercicio retrasado se requiere, además, que la conducta sea desleal, de modo que haya creado una confianza en el deudor, de que el titular del derecho no lo ejercería como ha ocurrido en este caso. Por otra parte, la renuncia tácita requiere de una conducta cuya interpretación permita llegar a la conclusión de que el derecho se ha renunciado.

Son criterios del TS sobre el abuso en el ejercicio de acciones ante los tribunales, los siguientes, enumerados por la STS de 12/12/11:

1ª La regla general consiste en que quien usa de su derecho, no ocasiona daño (*qui iure sui utitur neminem laedit*), aunque no obtenga una solución positiva a su demanda. Esta regla está relacionada con el derecho constitucional a la tutela judicial, de modo que esta Sala ha manifestado en diversas ocasiones que el abuso del derecho en relación al proceso debe ser cuidadosamente examinado para no coartar el ejercicio de acciones (STS 905/2007 y las sentencias allí citadas, así como las SSTS 1229/2004, de 29 diciembre 769/2010, de 3 diciembre).

2ª Sin embargo, no se excluye la posibilidad de que se pueda producir un uso abusivo del proceso, que ocasione daños que deben ser objeto de reparación, teniendo en cuenta que algunas veces los litigantes perjudicados han utilizado para fundar sus demandas el art. 1902 CC y otras el art. 7.2 CC, que es el que se considera más adecuado en la STS 1 229/2004, de 29 diciembre.

3ª En cualquier caso deben concurrir los requisitos que se han exigido para que se constate la concurrencia de abuso o ejercicio desleal. Como afirma la STS 769/2010, de 3 diciembre "Se considera que son características de esta situación de retraso desleal (*Verwirkung*): a) el transcurso de un periodo de tiempo sin ejercitar el derecho; b) la omisión del ejercicio; c) creación de una confianza legítima en la otra parte de que no se ejercitará. En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado en temas directamente relacionados con esta cuestión, si bien en la mayoría de las sentencias se produce una remisión bien a la doctrina de los actos propios (SS por ejemplo, 16 febrero 2005, 8 marzo y 12 abril 2006, entre otras), bien a la doctrina del abuso del derecho (entre otras, SSTS 17 junio 1988, 21 diciembre 2000 y todas las allí citadas)". Y la STS 905/2007 dice que "la concurrencia del abuso o de la mala fe en la interposición del litigio debe probarse por el demandante (en cierto sentido, la sentencia de 21 diciembre 2005) [...]. Por lo tanto, para que exista daño que genere una obligación de indemnizar, quien litiga debe hacerlo de forma temeraria o caprichosa (STS de 6 julio 1990), o bien de forma abusiva (SSTS 17 marzo 1992 y 2 febrero 2001)".

4ª Para que concurra este abuso o ejercicio desleal debe actuarse o bien de forma dolosa o bien con manifiesta negligencia, entendiendo la STS 905/2007, que "la parte que las inició haya actuado dolosamente o cuando menos con manifiesta negligencia por no haberse asegurado el alcance de la acción ejercitada, lo que significa la intención de dañar no existirá "cuando sin traspasar los límites de la equidad y buena fe se pone en marcha el mecanismo judicial con sus consecuencias ejecutivas para hacer valer una atribución que el actor estima corresponderle, por oponerse a ello la máxima *qui iure sui utitur neminem laedit* salvo, claro está, que el Tribunal sentenciador hubiera declarado su culpabilidad estimando la inexistencia de justa causa litigantis [...]".

En el presente caso, si bien existieron problemas para el cobro del cupón desde 2008, en el año 2010 hubo una Asamblea de bonistas (doc. nº 5 de la contestación), en el que se fijaba un calendario de pagos aplazado, lo que implicaba la existencia de expectativas de pago y justificaba la inacción judicial. Además, el transcurso de 5 años desde las dificultades para el cobro de parte del cupón (2008) hasta la interposición de la demanda (2013), no puede estimarse que es un lapso de tiempo de suficiente entidad para crear una confianza en las demandadas de inexistencia de reclamación, sin que pueda apreciarse conducta desleal o abusiva en los actores.

Por todo ello se desestima este motivo de oposición.

TERCERO.- Antes de entrar en el examen del litigio es conveniente hacer algunas consideraciones sobre la clase de los productos que la parte demandante suscribió.

En la orden de compra de los productos financieros cuya resolución se insta, doc. nº 1 demanda, aportado su original en la audiencia previa, solo constan las siguientes menciones:

- Descripción del Valor: Aisa 08/11 5% BO
- Número de títulos: 56,0000
- Importe:
- Cambio límite:
- En su reverso, consta CONTRATO DE COMPRAVENTA CON PACTO DE RECOMPRA DE ACTIVOS FINANCIEROS NEGOCIADOS EN MERCADOS ORGANIZADOS) y se detallan las condiciones generales para ello.

Merece destacar que en el citado documento no consta la fecha de vencimiento y en el encabezamiento de ese documento en su margen superior izquierdo figura Bankpyme en letras grandes y de color azul que contrastan con el tamaño mas pequeño de la letra de las demás menciones, incluso cuando se describe el valor, éste aparece con letra gris y con el mismo tamaño de letra que el resto de las anotaciones.

Es de resaltar que ninguna de las demandadas a aportado a los presentes autos el contrato de administración y depósito, a pesar de la facilidad y disponibilidad que ambas tenían (art. 217.7 LEC), al que se remite expresamente la orden de compra de los valores para la fijación de las condiciones contractuales generales (margen inferior izquierdo).

Los bonos son títulos representativos del préstamo -o empréstito- que concede el inversor al emisor, que justamente los emite con el fin de captar fondos directamente de los mercados financieros. Como en cualquier otro título de deuda, el emisor se obliga frente al tenedor -el bonista u obligacionista- a devolverle, al vencimiento, el capital principal con unos intereses o rendimientos, que puede ser un rendimiento fijo anual (como ocurre en el presente caso) o bien, un rendimiento cuya determinación se realiza por referencia al valor de un activo subyacente. Y el riesgo de dichos productos radica en una posible insolvencia del emisor de los bonos (que es lo que ha acontecido en el presente caso ante la declaración de concurso de la emisora de los bonos).

Ante tal situación la parte demandada alega que su alta rentabilidad era consecuencia del riesgo asumido. Ello no obstante, según resulta de la orden de compra el rendimiento ofrecido era del 5% cuando en ese mismo año, 2006, el interés legal del dinero era del 4%; por lo que no se estima que el producto contratado ofreciera una alta rentabilidad equiparable al riesgo asumido.

Por otro lado, no hay constancia en la orden de compra, ni en ningún otro documento, de ninguna advertencia del alto riesgo de no recuperación del capital invertido ni siquiera se deja constancia de la fecha de su vencimiento.

CUARTO.- También debe precisarse que los actores son consumidores y no se ha acreditado que tuvieran especiales conocimientos financieros cuando adquirieron los bonos y así lo ratificó el testigo Sr. . Tampoco se ha acreditado por la parte demandada que antes de adquirir esos bonos hubieran contratado otros productos de riesgo, pues la parte demandada, a pesar de la facilidad y disponibilidad probatoria no ha acreditado que los actores hubieran suscrito otros productos mas que una inversión en renta variable, de la que no consta la fecha de su contratación ni las características del producto contratado. Es mas, del doc. nº 2 y 3 de la

contestación de Ipme 2012 SA, resulta que, desde 1998 la mayor parte del capital de los actores estuvo invertido en ahorro vista, plazos y fondos de pensiones; sin que la demandada que tenía la facilidad y disponibilidad probatoria haya acreditado que los fondos de inversión relacionados en los citados documentos no estuvieran garantizados, lo que lleva a presumir que sí eran inversiones garantizadas ya que, de otro modo, lo hubiera acreditado al tener los documentos y datos sobre ello. Por ello la propia Ipme 2012 SA, en el hecho segundo de sus contestación a la demanda reconoce que los actores tenían un perfil inversor de "cliente no cualificado" o cliente "minorista".

QUINTO.- En cuanto a inexistencia de un contrato de asesoramiento a la inversión que es lo que sostienen las demandadas, hay que traer a colación la STS de 20/1/2014 que señala que " Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE .

El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como " la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que "se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55).".

La doctrina jurisprudencial expuesta es plenamente aplicable al caso de autos, pues si bien no existe un documento escrito del tipo contrato de gestión de cartera o similar, lo cierto es que Bankpyme llevó a cabo un servicio de asesoramiento financiero, en los términos expuestos por la STS relacionada, ya que la adquisición de los bonos fue iniciativa del banco, el testigo Sr. si bien no recordaba a los actores, tampoco expresó que fueran éstos los que solicitaran a la entidad la suscripción de esos valores. debe recordarse en este punto, como ya se ha expuesto, que la orden de compra firmada por los actores es un documento emitido por Bankpyme, en el que no se destaca que el objeto de la adquisición son unos bonos de Aisa, lo que implica que fue la entidad financiera la que recomendó su compra. Por otro lado, no consta que el Sr. , que reconoció en la vista haber suscrito el doc. nº 1 de la demanda, facilitara a los demandantes información sobre otros productos distintos al contratado. Por todo ello debe concluirse que hubo una relación de asesoramiento.

SEXTO.- A continuación deberá determinarse cual fue la información facilitada a los demandantes. Teniendo en cuenta la fecha de la compra de los bonos ahora litigiosos, 26/07/2006, habrá que determinar la normativa específica que regía la relación entre las partes y las obligaciones de la entidad financiera con sus clientes.

1º.- El art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina o Intervención de las Entidades de Crédito, que con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, sienta como una de las bases que deben presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela que los correspondientes contratos se formalicen por escrito debiendo los mismos reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes contratantes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación, lo que está en directa relación con la propia

normativa reguladora de las condiciones generales de la contratación (Ley 7/1998, de 13 de abril), que rechaza todas aquellas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, al punto de poder ser decretada su nulidad de pleno derecho si ocasionan un perjuicio a la parte adherente del contrato.

2º.- La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, ya con anterioridad a su reforma por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, imponía la exigencia en sus arts. 78 y siguientes, a todas cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores (con mención, de forma expresa, a las entidades de crédito), de una serie de normas de conducta tales como, entre otras, las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.

3º.- En desarrollo de dicha ley el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios, norma derogada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, vino a disciplinar un código general de conducta de los mercados de valores, en el que, en el anexo relativo a la información a los clientes, cabe resaltar como reglas de comportamiento, que las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. Y a ello se añade que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo. Con ello se trata de lograr que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos. Más concretamente, sus artículos 4 y 5 disponían lo siguiente:

Artículo 4. Información sobre la clientela.

1. Las entidades solicitarán de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer.

2. La información que las entidades obtengan de sus clientes, de acuerdo con lo previsto en el apartado anterior, tendrá carácter confidencial y no podrá ser utilizada en beneficio propio o de terceros, ni para fines distintos de aquellos para los que se solicita.

3. Las entidades deberán establecer sistemas de control interno que impidan la difusión o el uso de las informaciones obtenidas de sus clientes.

Artículo 5. Información a los clientes.-

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

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

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

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 estudios o análisis sobre la base de los cuales se han realizado las

producto, y, por otro, que dado el perfil inversor "profesional o arriesgado" de los actores, éstos se hallaban plenamente capacitados para comprender las características del producto que contrataron.

Los bonos que contrató la parte actora son productos financieros complejos y pueden suponer un serio riesgo de perder buena parte del capital invertido. Por otro lado, los mismos son clientes no cualificados o clientes minoristas, tal y como reconoce la propia Ipme 2012 SA en el hecho segundo de sus contestación a la demanda. En el presente caso no se ha acreditado que los actores tuvieran especiales conocimientos financieros, ni que hubiera contratado otros productos de riesgo, pues la parte demandada, a pesar de la facilidad y disponibilidad probatoria no ha acreditado que los actores hubieran suscrito otros productos complejos con anterioridad, mas que alguna inversión de la que no consta la fecha, en cuantía inferior a la ahora controvertida, en fondos de inversión que hay que presumir garantizados, como ya se ha fundamentado. Es mas, del doc. nº 2 y 3 de la contestación de Ipme 2012 SA, resulta que, desde 1998 la mayor parte de los productos financieros contratados por los actores eran ahorro vista, plazos y pensiones. Los actores carecen y carecían en el momento de contratar los bonos de conocimiento financiero alguno y su perfil es un perfil conservador y ahorrador sin que conste que hayan realizado ninguna operación financiera especulativa o de riesgo mas que las ahora controvertidas.

B) En cuanto a la información suministrada a los demandantes, la parte demandada aduce que fue suficiente para que éstos pudieran comprender el funcionamiento, características y riesgos del producto adquirido.

El perfil inversor de "cliente no cualificado" o cliente "minorista" de los actores, según la propia demandada, exige que por la entidad bancaria se le ofrezca una información adecuada a las características concretas de los contratantes y al tipo de negocio celebrado. Y la prueba obrante en autos permite concluir que la entidad demandada no ofreció a la parte actora una información clara, precisa y veraz que le permitiese conocer y comprender lo que estaba adquiriendo y firmando. Resulta plenamente probado que no se tuvo en cuenta el perfil conservador de los actores y que no se les entregaron con carácter previo a las contrataciones folletos o documentos de cualquier clase en el que se explicasen de manera comprensible para una persona con estudios básicos y sin conocimientos financieros las características de los productos ofertados, tampoco consta que el banco facilitase la información escrita a su cliente en el momento de contratar el producto y, la parte demandada, a pesar de la facilidad y disponibilidad probatoria, no ha podido acreditar que se entregara a los actores el contrato de administración y depósito, al que se remite expresamente la orden de compra de los valores para la fijación de las condiciones contractuales generales (margen inferior izquierdo). La carga de la prueba de tales extremos corresponde a la entidad financiera demandada, y ésta no ha acreditado que informara cumplidamente a la actora de forma clara y comprensible de todos los riesgos que asumía con la contratación de este producto.

En definitiva, la entidad debió, previamente a la contratación del producto, identificar la situación financiera del cliente, su experiencia inversora y objetivos de inversión del cliente, cuando ello resultara relevante para el servicio que se prestaba, con el fin de contrastar que las características del producto se ajustaban a su perfil inversor, y es, precisamente, la infracción de este deber, de esta obligación, la que cabe imputar a la entidad financiera demandada, sin que a ello sea óbice el hecho de que los actores tenían conocimiento de la evolución de sus inversiones mediante los extractos que el banco periódicamente les remitía.

Conocido es el deber general que se exige a las entidades de crédito de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que contiene en art. 7 del CC. Como indica la STS de Pleno de 20 de enero de 2014, este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso los riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar. Nada ha podido acreditarse en este procedimiento.

Y precisamente, todas estas omisiones coadyuvan a la presunción de existencia de incumplimientos por parte de la demandada de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información en la venta de estos productos.

No puede estimarse la pretensión relativa al incumplimiento del pacto de recompra pues como

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.

6. Deberán manifestarse a los clientes las vinculaciones económicas o de cualquier otro tipo que existan entre la entidad y otras entidades que puedan actuar de contrapartida.

7. Las entidades que realicen actividades de asesoramiento a sus clientes deberán:

a) Comportarse leal, profesional e imparcialmente en la elaboración de informes.

b) Poner en conocimiento de los clientes las vinculaciones relevantes, económicas o de cualquier otro tipo que existan o que vayan a establecerse entre dichas entidades y las proveedoras de los productos objeto de su asesoramiento.

c) Abstenerse de negociar para sí antes de divulgar análisis o estudios que puedan afectar a un valor.

d) Abstenerse de distribuir estudios o análisis que contengan recomendaciones de inversiones con el exclusivo objeto de beneficiar a la propia compañía.

4º.- La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995, que desarrolla parcialmente el anterior Real Decreto, en la que se exige que las entidades informen a sus clientes con la debida diligencia, -claridad, concreción y fácil comprensión- de todos los asuntos concernientes a sus operaciones y la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda 7 de octubre de 1999, que desarrolla específicamente el código general de conducta y normas de actuación en la gestión de carteras de inversión. En la misma se exige de las entidades de gestión la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, defendiendo los intereses de sus clientes, estando en todo caso obligados entre otras cosas a solicitarles información sobre su experiencia inversora, objetivos, capacidad financiera y preferencia de riesgo cuando no sean clientes institucionales.

Bajo esta normativa aplicable, la entidad que comercializaba estos productos no estaba obligada a entregar el folleto informativo del producto financiero al cliente, como después se introdujo en el art. 79 bis con la Ley 47/200 pero eso no significa que no tuviera que facilitar información como ya se ha expuesto y así lo ha entendido el TS en Sentencia de 20/1/2014 "ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto".

De todo ello resulta la obligación de la demandada de tomar en consideración el perfil inversor de la parte actora y de ofrecer a ésta toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión.

SEPTIMO.- Sentado la anterior, procede analizar en primer lugar si las previsiones expuestas en el anterior fundamento se han cumplido o no en el caso objeto de autos.

A) Sobre la adecuación del producto contratado al perfil de los demandantes. La parte demandada sostiene que, no habiendo llevado a cabo un servicio de asesoramiento, su obligación como entidad financiera se agota en cerciorarse de que el cliente ha comprendido el

la propia actora reconoce en la demanda no hay fecha para la misma. En consecuencia, dicho pacto, en el presente caso, carece de validez, ex art. 1256 CC, ya que no puede dejarse al arbitrio de una de las partes el cumplimiento de los contratos.

La estimación de la acción ejercitada con carácter principal conlleva que no se entre en el análisis de la acción ejercitada subsidiariamente.

OCTAVO.- Solicita la actora que como consecuencia de la estimación del incumplimiento por parte de la entidad de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta de los bonos Aisa que se condene a dicha entidad al pago de 56.000 euros en concepto de daños y perjuicios mas los gastos de custodia directamente vinculados a estos valores, a concretar en ejecución de sentencia, mas los intereses legales sobre estos importes hasta su efectivo pago, compensando todo ello con los importes recibidos por la parte actora en concepto de intereses, estando de acuerdo ambas partes en la audiencia previa en que este concepto ascendía a 5.934'01 € y no, existiendo controversia sobre el importe de la inversión, procede estimar la demanda en este punto.

NOVENO.- Resta por analizar la falta de legitimación pasiva ad causam invocada por Caixabank SA. Esta aduce que únicamente había adquirido determinados elementos del activo y pasivo que formaba el negocio bancario de Bankpime, (ahora Ipme 2012 SA), sin concurrencia de un supuesto de sucesión universal y con constancia expresa en el contrato de adquisición de los mismos que quedaban excluidos los pasivos contingentes, tales como reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes o futuras que pudieren derivarse de la actividad de Bankpime, aduciendo además que ésta entidad mantenía su personalidad jurídica y que ninguna sucesión se había producido a propósito de eventuales reclamaciones por productos adquiridos a través de Bankpime.

Del análisis del contrato de compraventa suscrito entre las partes se infiere lo contrario por cuanto en la cláusula 1 relativa al objeto se especifica que comprende "el pasivo de los clientes (depósitos), débitos representados por valores negociables y...", es decir que se incluyen las operaciones de pasivo, como es ahora la litigiosa. Además, en la cláusula 2.2.2 se especifica que el vendedor transferirá la titularidad de las obligaciones de pago al comprador respecto de los depósitos de entidades financieras, la cédula hipotecaria y "otros pasivos financieros". Por último en la cláusula 4 relativa a los activos y pasivos no cedidos no se encuentran relacionados los que son ahora objeto de controversia.

Por lo que respecta a la virtualidad de la cláusula en la que se pacta la exclusión de la cesión de los pasivos contingentes tales como reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes y futuras, dicho pacto no solo es nulo por contener una condición sujeta a un suceso incierto, ex art. 1113 CC, sino que además, es contradictoria con las demás cláusulas, no pudiendo resultar afectado el cliente de la entidad bancaria por los pactos y, cláusulas oscuras, de un contrato en el que no ha sido parte.

En el sentido de estimar la legitimación pasiva de Caixabank se ha pronunciado la SAP de Baleares (secc. 4ª) de 6/10/14 que entiende que "CAIXABANK, S.A. tiene efectivamente legitimación pasiva de fondo en este litigio, conforme señala el primer párrafo del art. 10 de la Lec ., desde el momento que la mencionada entidad y con arreglo al contrato que celebró con BANKPYME , S.A., pasó a ocupar la posición contractual que ésta tenía respecto de los Sres. Magdalena Eulalia , respecto de los contratos celebrados por éstos con la citada BANKPYME , S.A. y en virtud del "Contrato de compraventa de negocio" de 29 de septiembre de 2.011 a la que ella misma se refiere. Así se concluye a la vista de la cláusula primera de dicho contrato, que revela el objeto del mismo, a cuyo tenor, se transmite el negocio bancario de BANKPYME , S.A. a CAIXABANK, S.A., como unidad económica....

Porque, en efecto, es destacable que la mencionada transmisión de negocio operado entre ambas sociedades conlleva una serie de relaciones jurídicas heterogéneas que son objeto de dicha transmisión, comprendiéndose en el activo, entre otros, la "Cesión del negocio de depositaria, custodia, intermediación de valores, gestión discrecional de carteras y otras actividades relacionadas con el Negocio Transmitido". Pues bien, es importante resaltar que en esta concreta transmisión de activos, CAIXABANK, S.A. asume y así se lee en el contrato, la posición contractual de BANKPYME , S.A.....

Por consiguiente, junto con una transmisión de la cartera de inversión crediticia de BANKPYME, S.A., a la que es aplicable la normativa propia de la cesión de créditos establecida en los arts. 1.526 y siguientes del Código Civil, nos encontramos también con otras cesiones contractuales, entre las que se encuentran los contratos celebrados por el apelante con BANKPYME, S.A....

Como ya se ha expuesto y expresamente se establece en el contrato de 29 de septiembre de 2.011, celebrado entre BANKPYME, S.A. y CAIXABANK, S.A., esta última asume la posición contractual de la primera en relación con el negocio bancario de la cedente y ello comporta la transmisión íntegra de las relaciones contractuales en que dicho negocio consiste, así como de tal posición subjetiva negocial que protagonizaba BANKPYME, S.A., sin modificación de la relación jurídica establecida con el Sr. Eulalio, que es la que aquí interesa, por los pactos y condiciones sobrevenidas a la misma....

Por consiguiente, la relación negocial seguida entre BANKPYME, S.A. y CAIXABANK, S.A. no supuso, simplemente, la transmisión de la primera a la segunda de derechos y obligaciones aislados, sino entendidos en conexión con una relación recíproca que les da sentido, creando un vínculo de interdependencia entre ellos. Igualmente, esa cesión no sólo comprende derechos y obligaciones, sino también otros efectos jurídicos, como son las acciones de nulidad, rescisión y anulabilidad, así como las facultades de modificación o extinción contractual, es decir, los denominados derechos potestativos".

También la SAP de Castellón (secc. 3ª) de 10/4/2014 se ha pronunciado a favor de la legitimación pasiva de Caixabank, en un caso idéntico al ahora controvertido, aduciendo que "como consecuencia de la adquisición del negocio bancario de Bankpime por parte de Caixabank se produjo la cesión a ésta de los contratos a través de los que se desarrollaba aquel, con la consiguiente subrogación de ésta en la posición jurídica ocupada por aquella en los mismos, asumiendo por tanto los derechos y obligaciones de ellos derivados con exclusión de la cedente sin perjuicio de su responsabilidad frente a la cesionaria conforme lo expresamente pactado al respecto y en las cuestiones atinentes a la existencia, validez y eficacia de las correspondientes relaciones negociales.

Dicha cesión particular de los diversos contratos, conectada lógicamente con el objeto de adquisición, su configuración como unidad económica autónoma y ausencia de realización de la operación como una sucesión a título universal (pese a las alegaciones de adverso así resulta del diseño de la operación a la vista del documento privado de adquisición y diversas relaciones negociales conexas surgidas del mismo, sin que nada cambie por la autorización de la operación conferida conforme al art. 45 c) de la Ley de Ordenación Bancaria en tanto en cuanto parte de su inexistencia y dicho precepto no distingue al respecto) aparece prevista en la cláusula 2.1 del contrato de adquisición, con contemplación expresa de los negocios de custodia, intermediación de valores y gestión discrecional de carteras, y guarda plena concordancia con la comunicación remitida por Bankpime (doc.2 de la demanda) haciendo constar el traspaso de la relación comercial en idénticas condiciones a Caixabank de no verificarse manifestación expresa en contrario, equivalente desde luego al consentimiento que de forma expresa o tácita debe concurrir del contratante cedido para la eficacia de la cesión.

Consecuencia de ello es que, al dilucidarse en este pleito una responsabilidad surgida en el ámbito de una intermediación de valores, complementaria además como no puede ser de otra forma a un negocio de depósito o custodia y administración de los mismos, la subrogación inherente a la cesión permite residenciar las obligaciones derivadas del mismo en la parte demandada y aquí apelante al ocupar la posición originaria de Bankpime a todos los efectos".

Todo lo cual conduce a la conclusión de la legitimación pasiva de Caixabnk en el presente procedimiento.

DECIMO.- Las costas se imponen a la parte demandada (art. 394 LEC), al haberse estimado sustancialmente la demanda, ya que se ha acogido la pretensión principal formulada por el actor, excepto en la pretensión relativa al incumplimiento del pacto de recompra, pero si se ha estimado el incumplimiento de la demandada de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta de los instrumentos objeto de la presente demanda, lo que comporta una estimación sustancial de la demanda. Así pues, la estimación de la demanda ha sido sustancial,

siendo reiterada la doctrina jurisprudencial (STS 21/10/2003, entre otras muchas) que considera que en este caso deben imponerse las costas a la parte demandada, pues para la aplicación del principio general del vencimiento ha de considerarse que el ajuste del fallo a lo pedido no ha de ser literal sino sustancial, de modo que, si se entendiera que la desviación en aspectos meramente accesorios debería excluir la condena en costas, ello sería contrario a la equidad, como justicia del caso concreto, al determinar que tuvo necesidad de pagar una parte de las costas quien se vio obligado a seguir un proceso para ser realizado su derecho.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación.

FALLO

Estimo la demanda presentada por el procurador Sr. Moratal, en nombre y representación de D. [REDACTED] Y DÑA. [REDACTED] frente a IPME 2012, S.A., (antes BANCO DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA "BANKPYME") y frente a CAIXA BANK S.A., y, en su virtud, declaro el incumplimiento de la demandada de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta de los instrumentos objeto de este litigio y, como consecuencia de ello, se declara resuelto el contrato por el que se adquirieron en fecha 26 de julio de 2006 los bonos de Fergo Aisa por un valor nominal de 56.000 € cantidad de 56.000 € mas los gastos de custodia directamente vinculados a estos valores, a concretar en ejecución de sentencia, mas los intereses legales sobre estos importes hasta su efectivo pago, compensando todo ello con los importes recibidos por la parte actora en concepto de intereses y cuantificados en el importe de 5.934'01 €. Todo ello con imposición de costas a la parte demandada.

Contra la presente resolución cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Barcelona, que se interpondrá por escrito ante este Juzgado en el término de veinte días

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

PUBLICACIÓN.- La extiendo yo, el secretario, para hacer constar que en el día de hoy se ha hecho pública la sentencia de esta misma fecha, que es entregada, una vez extendida y firmada, por la Ilma. Magistrada-Juez de este Juzgado, uniéndose certificación literal a los autos de su razón, librándose las correspondientes notificaciones e incorporándose el original al Libro de Sentencias según el orden correlativo que por su fecha le corresponde. Doy fe.