



Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Mataró

Plaza Francisco Tomás y Valiente - Mataró - C.P.: 08302

TEL.: 937417321
FAX: 937571160
EMAIL: Instancia5.mataro@xj.gencat.cat

N.I.G.: 0812142120148265634

Procedimiento ordinario

Materia: Juicio Ordinario

Cuenta BANCO SANTANDER:

Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Mataró
Para ingresos en caja. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)
Pagos por transferencia IBAN en formato electrónico: ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)
Pagos por transferencia IBAN en formato papel: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Parte demandante/ejecutante:

Procurador/a: Anna Charques Grifol
Abogado/a:

Parte demandada/ejecutada:

Procurador/a: Francesc D'A. Mestres Coll
Abogado/a:

SENTENCIA Nº 177/2016

En Mataró a 14 de junio de dos mil dieciseis.

Vistos por Rebeca González Morajudo, Magistrado- Juez del Juzgado de 1^a Instancia nº5 de Mataró, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO de reclamación de cuantía en productos complejos financieros y de capital, seguidos ante este Juzgado bajo el nº _____ a instancia de MONTERO PEREA representado por Procurador Dña. Ana Charques Grifol y asistido por el Letrado Dña. Laia Manté Majó contra (sucesora de BANKPIME) representado por el procurador Sr. Frances Mestres Coll y asistido del letrado Sr. _____.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Por el Procurador Dña. Ana Charques Grifol en la representación indicada y mediante escrito que por turno de reparto correspondió a este Juzgado se presentó demanda de Juicio Ordinario, en la que en síntesis alegaba:

1º.- Que el actor suscribió los productos bonos FERGO AISA en fecha 14.08.06 y 2008 por importe total de 15.000 euros sin que le fuera entregado ni orden de compra ni contrato alguno.

El banco demandado adquirió el negocio bancario de BANKPIME por lo que se subrogó en los derechos y obligaciones manante de los contratos bancarios vigentes contratados en su día por el actor y dicha entidad.

Que la parte actora reune la condición de consumidor final en la operación





realizada por el banco demandado, no siendo en consecuencia profesional experto en los mercados financieros.

Que en todo momento, la iniciativa en la contratación de este tipo de productos partió de la entidad bancaria, quien llevó a cabo una labor de asesoramiento.

El banco demandado incumplió su deber de información y transparencia antes de la celebración del contrato, en su subscripción y también en evolución posterior acerca de las características de los productos y su elevado riesgo; que, asimismo, el demandado fue negligente al elegir a clientes no aptos para este tipo de inversiones.

Que no se pagaron los rendimientos convenidos, ni se cumplió el pacto de recompra de modo que no se ha devuelto el capital invertido.

No se practicó test de conveniencia ni de idoneidad a los actores.

Que BANKPIME no advirtió a sus clientes del riesgo de insolvencia de la empresa emisora de los bonos desde el año 2007 y especialmente a principios del año 2008 que además era de su propio grupo empresarial.

2º.- tras aducir los fundamentos de derecho que tuvo por conveniente terminó solicitando se dictara sentencia por la que estimando íntegramente la demanda:

a) se declare el incumplimiento de la demandada de sus obligaciones legales en cuanto al pacto de recompra , así como por incumplimiento de sus obligaciones legales de lealtad, diligencia y de información y de conformidad con el art.1124 cc se declare la resolución contractual con abono de intereses, que se concretan en la devolución a los actores de la suma de 15.000 euros invertida mas los gastos de custodia directamente vinculados al contrato mas los intereses legales que correspondan, debiéndose compensar de todo ellos los importes percibidos por los actores en concepto de cupon y que salvo error u omisión se han contabilizado en la suma de 1995,94 euros.

b) subsidiariamente se declare la nulidad del contrato y se condene a la demandada a la restitución del capital invertido de 15000 euros mas los gastos de custodia directamente vinculados al contrato mas los intereses legales que correspondan debiéndose compensar de todo ellos los importes percibidos por los actores en concepto de cupon y que salvo error u omisión se han contabilizado en la suma de 1995,94 euros.

se proceda a la restitución de los títulos.

Segundo: Admitida a trámite la demanda por decreto de 5 de febrero de 2015 se emplazó al demandado y en su representación compareció el procurador identificado al inicio de esta resolución , quien presentó escrito de contestación a la demanda en el que en síntesis alegaba:

1º.- Falta de legitimación pasiva porque no ha habido sucesión universal de la demandada respecto de BANKPIME.

Que esta parte informó en todo momento el carácter y naturaleza de los diferentes productos de inversión así como en particular de la rentabilidad y riesgos que llevaba aparejada cada una de las inversiones realizadas por la parte actora. Que esta parte cumplió correctamente con sus obligaciones de información, no prestando en ningún caso labor de asesoramiento.

Que la entidad solo intervino como intermediaria y por tanto no ha incumplido ninguna obligación de recompra .





Caducidad de la acción de nulidad.
Inexistencia de vicios del consentimiento
Que no existe daños ni perjuicios para la parte actora.
Inexistencia de relación de causalidad.

2º.- tras alegar los fundamentos de derecho que tuvo por conveniente terminó solicitando se dictara sentencia por la que se desestimara íntegramente la demanda con expresa condena en costas para el demandante.

Tercero: Celebrada en fecha 7 de octubre de 2015 la audiencia previa, y tras intentar la conciliación sin éxito, no se impugnó la autenticidad de los documentos e informes aportados; se fijaron los hechos controvertidos y los admitidos, y se intentó una nueva conciliación, también sin éxito.

Por la parte actora se propusieron como medios de prueba: documental, interrogatorio de testigos. Por la demandada se propusieron los siguientes medios: documental. Todos los medios probatorios fueron admitidos y se citó a las partes a la pertinente vista.

Cuarto: El día del juicio, 27 de abril del presente año en curso, no se practicó la prueba admitida por razón de enfermedad de la testigo, las partes formularon sus conclusiones y quedaron las actuaciones conclusas para sentencia.

Quinto: Que en el presente pleito no se ha podido observar el plazo para dictar sentencia debido al volumen de asuntos que penden ante este juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Planteó la parte actora, en la demanda inicial del proceso que ahora concluye, acción principal de incumplimiento de las obligaciones legales que le correspondían a la entidad bancaria demandada respecto de los contratos de compra de bonos FERGO AISA en fecha 14.08.06 y 2008 por importe total de 15.000 euros y, por consiguiente, indemnización de los daños y perjuicios causados en la suma de 15.000 euros.

Todo ello invocando en la fundamentación jurídica los artículos 2 y 79 de la Ley de Mercado de Valores, RD 629/1993, OM 7.10.99, RD 217/08, Ley de Consumidores y Usuarios, arts. 1261, 1266, 1303, 1100, 1101 y 1108 del código civil.

La parte demandada se opuso a los pedimentos formulados de contrario alegando, falta de legitimación pasiva, el cumplimiento de todas las obligaciones contractuales que le correspondían, especialmente en cuanto a los deberes de información a la parte actora, así como la ausencia de relación de causalidad entre la actuación de la entidad demandada y el daño reclamado e inexistencia de daños ni perjuicios.

Segundo: Se deriva del fundamento anterior, la acción principal ejercitada, a saber, de responsabilidad contractual, al amparo de los arts. 1100, 1101 y





concordantes del Código Civil, toda vez que la demandante alega que la adversa no cumplió por un lado ciertas obligaciones contractuales tales como el pacto de recompra así como los deberes de información que le correspondían en el proceso de comercialización de los productos ya identificados, lo que, según la demanda, implicó que contratara estos productos ignorando su verdadera naturaleza y, todo ello conllevó, una vez acaecidas las diversas incidencias sobradamente conocidas por las que han pasado estos productos financieros, a que la parte demandante haya sufrido una pérdida de 15.000 euros mas los intereses menos los rendimientos obtenidos.

La responsabilidad contractual ejercitada en base al art.1101 del Código civil, requiere la necesaria acreditación de un triple presupuesto, primero, la conducta calificable de incumplimiento doloso o culposo de las obligaciones contractuales de la parte demandada, daños y perjuicios indemnizables y la relación de causalidad entre estos dos elementos.

En el presente caso, la actora solicita, con carácter principal, dicho incumplimiento imputable a la demandada, en relación, fundamentalmente con su obligación de información en relación con los productos enumerados, que, ya por de pronto, de la documental aportada a los autos quedan debidamente identificados en cuanto fecha de adquisición y naturaleza.

Dicho esto, y a fin de valorar la prosperabilidad de la acción entablada se impone, necesariamente, el conocimiento de la cosa objeto del contrato, que en este caso viene dada por el producto financiero, BONOS FERGO AISA, los cuales, no es controvertido que se trata de valores negociables perteneciente a una emisión global a cargo de una entidad mercantil perteneciente a un determinado grupo empresarial (Grupo Agrupació), y que su comercialización corrió a cargo de Bankpyme en funciones de empresa de servicios de inversión, para lo que estaba facultada por el artículo 65 de la Ley del Mercado de Valores.

Los bonos constituyen un instrumento financiero, de manera que para su comercialización debe observarse la normativa protectora informativa prevista en la citada Ley del Mercado de Valores (LMV) y en sus normas de desarrollo, no la normativa bancaria.

Al propio tiempo debe señalarse que los artículos 38 y 39 del RD 1310/2.005 distinguen tres clases de inversores en valores negociables: el inversor o cliente minorista, el inversor iniciado o experto y el inversor cualificado, siendo calificado el minorista por exclusión, pues lo es quien no es ni experto, ni cualificado, siendo dicho minorista merecedor de una mejor protección jurídica que la procurada por el principio de autotutela, previo acceso a una información reglada sobre el emisor y los valores que rige el mercado primario, pues la simple disposición de la información reglada y su registro en la Comisión Nacional del Mercado de Valores no desactiva la responsabilidad del emisor y demás sujetos intervenientes, ya que ello no produce el efecto de capacitar a todo inversor para considerar la naturaleza y riesgos, ni para evaluar la situación financiera actual y previsible del emisor.

Siendo ello así, la necesidad de protección del inversor minorista conllevó la trasposición de la Directiva 2.004/39/CE a nuestro derecho mediante la Ley 47/2.007, de 19 de diciembre, que reformó la LMV, y por el RD 217/2.008, de 15

Este documento tiene validez si es sellado con una firma manuscrita por la persona que el validen. Este documento tiene validez si es firmado con una firma manuscrita por las personas que el validen. Validat per González Majó, Laia.

Data i hora 15/06/2016 13:36





de febrero, que es lo que constituye el marco esencial de la información que deben prestar las entidades de crédito a los clientes minoristas, debiendo comportarse con diligencia y transparencia, cuidando sus intereses como si fueran propios, debiendo también mantener, en todo momento, informados a los clientes; información, la señalada, que ha de ser imparcial, clara y no engañoso y debe versar sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión a fin de que permita comprender la naturaleza y los riesgos del tipo específico del instrumento financiero que se ofrece; es decir, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa.

En la misma línea, el art. 60 del citado Real Decreto 217/2.008, de 15 de febrero, dispone que la información deberá ser exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible; la información.

Lo así expuesto implicará, como a continuación se expondrá, que la información que la demandada debe procurar en la comercialización de los productos no puede solo analizarse desde la perspectiva de lo dispuesto en el código civil sino también en atención a los comportamientos realizados por una y otra parte en la fase precontractual y, luego en la propiamente contractual, teniendo en cuenta que, respecto de aquellos que sean posteriores a la traspacción de la Directiva 2.004/39/CE a nuestro derecho que tuvo lugar mediante la Ley 47/2.007, de 19 de diciembre, que reformó la LMV, tal y como ha dicho la reciente sentencia de 20.1.14, la omisión del test de idoneidad permite presumir, iuris tantum, la existencia del vicio error en el consentimiento del cliente respecto de productos como los de autos.

Tercero: Dicho lo anterior, es posible entrar en la concurrencia de los requisitos de la prosperabilidad de la acción ejercitada y para ello conviene establecer las obligaciones legales que en relación con los productos de autos incumbían a la parte demandada.

Las obligaciones de la entidad financiera demandada, como entidad de crédito, al comercializar bonos entre clientes minoristas, quedan definidas en la Ley de Mercado de Valores y en la normativa de protección de consumidores y usuarios (actualmente recogida en el RDLeg. 1/2007).

Por de pronto cabe distinguir, habida cuenta la fecha de los productos, la distinta redacción de la normativa aplicable, antes y después de la modificación legal de la normativa MIFID, Ley 47/2007, de 18 de diciembre (BOE de 20 de diciembre), que entró en vigor el 21-12-2007.

Así las cosas, en cuanto a los productos anteriores a dicha fecha, 21-12-2007, la normativa aplicable no era otra que la Ley de Mercado de Valores, Ley 24/1988 de 28 de julio, que en su redacción vigente al tiempo de suscribirse los productos objeto de autos, establecía en su artículo 79 como regla del comportamiento para la entidad bancaria frente al cliente que ésta debía comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de los intereses de éste como si fuesen los propios, desarrollando una gestión ordenada y prudente.

También, a fecha de suscripción del producto, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, por su parte, concretó aún más la diligencia y transparencia exigidas,





desarrollando en su anexo un código de conducta que le imponía a la entidad demandada solicitar 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 fuera relevante para los servicios que fueran a proveer (artículo 4.1) estableciéndose además la obligación de las entidades de ofrecer y suministrar a sus clientes toda la información de que dispusieran cuando pudiera ser relevante para la adopción por éstos de decisiones de inversión, dedicándole al cliente el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más adecuados para sus objetivos, debiendo ser la información clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación debiendo hacer hincapié en los riesgos que cada operación conlleva muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conociera con precisión los efectos de la operación que contrataba disponiendo también el artículo 5 que cualquier previsión o predicción debía estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

Posteriormente al 21-12-2007, las entidades de crédito, mantienen el deber general de «comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo» (art. 79 LMV)

Entre tales obligaciones figura la esencial obligación de información del art. 79 bis LMV que dispone que la entidad debe «mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes». Tal información debe ser «imparcial, clara y no engañosa» y debe versar «sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión (...)» en función de que la misma «les permita comprender la naturaleza y los riesgos (...) del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa». En especial, se exige que la información referente a los instrumentos financieros incluya orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos.

La entidad prestadora de servicios de asesoramiento de inversión o de gestión de carteras está obligada asimismo a obtener de los clientes minoristas «la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente (...) en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquél, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan» y se la obliga expresamente a abstenerse de recomendar servicios de inversión o instrumento financieros al cliente o posible cliente cuando la entidad no obtenga esta información (art. 79 bis 6 LMV).

La entidad prestadora de servicios de ejecución o recepción y transmisión de órdenes de clientes respecto de valores complejos, con o sin prestación de servicios auxiliares, o bien presta otros servicios distintos al de asesoramiento en





materia de inversión (o de gestión de carteras), debe entonces solicitar al cliente información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, también con la finalidad de evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente. Si, en base a esa información, la entidad considera que el producto o el servicio de inversión no es adecuado para el cliente, tiene la obligación de advertirle al respecto. Si el cliente no proporciona la información indicada o ésta sea insuficiente, la entidad debe advertirle de que ello le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él (art. 79 bis 7 y 8 LMV).

A tal efecto, el art. 78 de la LMV dispone que quienes presten servicios de inversión deberán respetar: a) Las normas de conducta contenidas en el presente Capítulo, b) Los códigos de conducta que, en desarrollo de las normas a que se refiere la letra a anterior, apruebe el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y c) Las contenidas en sus propios reglamentos internos de conducta.

Dada la configuración del producto la consecuencia jurídica de ello es la prevista por el propio art. 79 bis LMV, especialmente en sus apartados 6 y 7, aplicable ante actos de asesoramiento o de prestación de otros servicios sobre ellas a favor de clientes minoristas, relativa a que la empresa de servicios de inversión —entre las que se incluyen las entidades de crédito— que asesore, coloque, comercialice o preste cualquier clase de servicio de inversión sobre tales valores complejos debe cumplir las obligaciones contenidas en estos preceptos, a las que antes se ha hecho también referencia.

Además, el deber de información de la entidad de crédito se regula en la conocida como "normativa MIFID", Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo). Esta Directiva ha sido modificada por la Directiva 2008/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2008.

La LMV introduce en su articulado las novedades de la directiva MIFID, mediante la Ley 47/2007, de 18 de diciembre (BOE de 20 de diciembre), que entró en vigor el 21-12-2007, de integra aplicación a parte de los contratos controvertidos en estos autos, como producto de inversión que se ha definido el mismo.

En interpretación de la normativa MIFID y su trasposición en la LMV, la STS de 20-1-2014 establece pronunciamientos relevantes:

- 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.

- El deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo (como el swap de inflación) conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato. Para cubrir esta falta de información, se le impone a la entidad financiera el deber de suministrarla de forma comprensible y adecuada.
- En el primer caso, en que la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, la entidad debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el denominado test de conveniencia. En el segundo, si el servicio prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado test de idoneidad.
- La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo.

Debe, asimismo, traerse a colación también, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en el que se indica en su artículo 3 que «A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional».-





En el Artículo 8 de la LGDCyU se indican los derechos básicos de los consumidores y usuarios. «(...) b. La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos. c. La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos. d. La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute (...)»

También en el artículo 60 de la misma norma citada al hacer referencia a la información previa al contrato se dispone que «1. Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo (...)». Artículo 80. Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente. «1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a. Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual. b. Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. (...)».

Cuarto: Aplicando lo expuesto en el fundamento anterior y de la prueba obrante en autos, resultan los siguientes datos de interés para la resolución del pleito.

Desde la perspectiva de la parte contratante, usuario del producto, se trata de persona calificable, sin género de duda, como cliente minorista, sin estudios conocidos ni experiencia o conocimiento en el sector financiero acreditada. Luego, por lo expuesto debe ser calificada como consumidora y, por ello, merecedora de la máxima protección.

Por otro lado, desde la perspectiva de la otra parte contratante, esto es, la entidad bancaria la actuación de la entidad financiera no fue una mera intermediación, sino un asesoramiento financiero directo, individualizado y encaminado hacia un producto en concreto, orientando al demandante a la adquisición de los BONOS FERGO AISA, que era una empresa del mismo grupo empresarial, existiendo un evidente conflicto de intereses.

Hubo recomendación personalizada, directa, específica y efectiva hacia el producto contratado, del que con absoluta seguridad el cliente desconocía su complejidad, lo cual encaja en el supuesto del art. 63 de la LMV (que entre las actividades complementarias de los servicios de inversión incluye el asesoramiento sobre inversión), y ello con independencia de que no existiera contrato por escrito o de que no se cobraran honorarios derivados del asesoramiento en sí y aunque solo conste una orden de compra. Y el servicio de asesoramiento debe prestarse con especial esmero cuando se trata de un cliente de las características del actor, sin conocimientos financieros, y de perfil conservador respecto a las inversiones, y en lo que a la comercialización del

Ajunt documental de validesa si es signatari una signatura manuscrita seu en forma digital que es validen. Este documento tiene validez en el territorio de la Unión Europea.

Fecha hora 15/06/2016 13:36





producto de autos se refiere, resultó evidente que en caso alguno se practicó un test de Idoneidad al cliente actor, no consta en autos, como tampoco que se valorara la idoneidad de otro modo del mismo respecto de los bonos comercializados.

La información precontractual fue inexistente, no habiendo probado ni acreditado la demandada, conforme le incumbía ex art.217 LEC, que las personas de la entidad hubieran proporcionado e informado de los datos suficientes, los elementos esenciales de los bonos, incluido el pacto de recompra, incumplimiento con ello, la entidad bancaria sus obligaciones contractuales. A ello, se une que la información contractual fue igual de inexistente, pues ni tan siquiera obra en autos el contrato objeto de litigio siendo que la demandada ni siquiera lo ha adjuntado a pesar de hacer una descripción detallada del mismo en su contestación.

El actor solo dispone de varios recibos de la composición de la cartera de valores pero no dispone de la orden de adhesión de compra, como tampoco la demandada, siendo que, sin embargo por ninguna de las partes se niega la la relación contractual y la existencia de los bonos litigiosos .

En realidad, como dice la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 30.1.14, " *la complejidad inherente al contrato suscrito sólo podía ser superada si la entidad bancaria oferente del producto hubiese proporcionado cumplidamente la información necesaria en los términos antes consignados que le impone la normativa sectorial reseñada, debiendo insistirse, además, en que la carga de probar que dicha información fue suministrada en esas condiciones, corresponde a la entidad bancaria, tanto por tener legalmente atribuido dicho deber de información, como por aplicación del principio de facilidad probatoria.*"

Quinto: De lo expuesto, para quien suscribe, se presenta evidente que en el caso de autos nos encontramos con una parte , usuaria de los servicios bancarios y consumidora que constituye un tipo de cliente minorista, de perfil conservador, esto es, de aquéllos que acostumbran a buscar para sus ahorros productos que les ofrezcan cierta seguridad y liquidez, por tener cierta aversión al riesgo, en consonancia lógica con el propósito y destino de su inversión, siendo así que, de haber conocido el riesgo y las vicisitudes del producto no lo habría suscrito.

Del mismo modo resulta que, dicha parte, ni consta que conociera los conceptos financieros, menos que estuviera familiarizado con este tipo de productos, lo que le hace más vulnerable y por este motivo debió extremarse la diligencia en la prestación de la información en el momento de la comercialización del producto, ofreciéndole una información completa de forma tal que pudiera haber sido comprendida y entendida por éste.

Por consiguiente, la entidad bancaria no cumplió con su deber de información, (exigible antes y después de la normativa MIFID, con la extensión detallada en los fundamentos anteriores), ni tampoco con la diligencia propia de un "ordenado comerciante" siendo más exigible aún dicha diligencia por lo complejo del producto y por el perfil de la parte actora .

La carga de probar, conforme art.217 LEC, que se proporcionó al demandante una correcta información adecuada a su perfil y que éste fue asesorado sobre el producto con carácter previo a su suscripción correspondía a

Este documento tiene validez si es sellado con una firma manuscrita por las personas que el validan - Este documento tiene validez si es firmado con una firma manuscrita por las personas que el validan

Validat per González Marañuelo, Rebeca;

Data i hora 15/06/2016 13:36





la demandada al tratarse de un hecho negativo la ausencia de información, requiriéndose una diligencia en el asesoramiento que no es la genérica de un buen padre de familia sino la de un ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes como señala reiterada jurisprudencia, que por conocida huelga señalar, resultando de la prueba practicada que no fue así.

En concreto, hay que añadir, que en la fase precontractual debió proporcionarse a la parte demandante una información lo suficientemente clara y precisa para que éste entendiera el producto que iba a adquirir y sobre si éste reunía las ventajas que esperaba obtener para que aceptara el producto con pleno conocimiento, exponiéndole y explicándole incluso con ejemplos las posibilidades de ganancia y de pérdidas.

En la fase contractual debió respetar la demandada el contenido de la normativa aplicable ya detallada en el fundamento anterior, Ley de Mercado de Valores, Ley 24/1988 de 28 de julio, que en su respectiva redacción vigente al tiempo de suscribirse los productos objeto de autos, igualmente contiene los deberes de diligencia y transparencia en interés de sus clientes cuidando de los intereses de éste como si fuesen los propios, desarrollando una gestión ordenada y prudente, intereses de los que es evidente no cuidó la demandada.

En conclusión, se produjo el incumplimiento de la obligación de información y de diligencia y transparencia tal y como la reciente STS de 18 de abril de 2013 ha referido a propósito del producto, participación preferente, en su comercialización por las entidades bancarias, en cuanto que ha condenado a la implicada a indemnizar por los daños y perjuicios provocados por la adquisición de participaciones preferentes. En tal sentido conviene resaltar de dicha resolución: " es obligación legal de estas empresas recabar información a sus clientes sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión e informar de manera clara y transparente sobre los riesgos de las operaciones contratadas, de tal forma que una deficiente información puede suponer una negligencia determinante de la indemnización de los perjuicios ocasionados.

Así pues, la relevancia de la "información" sobre el producto bancario y financiero se presenta como cuestión de crucial importancia, máxime cuando se trata de la comercialización de productos de inversión con riesgo elevado y sujetos de perfil minorista y no acostumbrados a tales negocios.

Del mismo modo, no puede concluirse todo ello sin aludir, al hecho indiscutible de que, la indicada necesidad de protección del inversor a través del suministro de información y transparencia, ha resultado de tal importancia para el ejercicio eficaz del control de supervisión e inspección que tiene atribuida la CNMV, que, en fecha, 19.06.13, se ha publicado en el BOE, circular 3/2013, de 12 de junio, que tiene por objeto desarrollar las nuevas materias incorporadas a la ley del Mercado de Valores relativas a la evaluación de la idoneidad y la conveniencia de los productos y servicios que se ofrecen o adquieren a los inversores. En concreto, su norma primera dice que la presente circular se dicta para desarrollar las obligaciones de información previstas en el art.79 ley 24/88 de 28 de julio del Mercado de Valores.

En concreto, la norma quinta de la Circular CNMV 3/2013, de 12 de junio dice textualmente: " 1. Al objeto de facilitar la labor supervisora tanto de la CNMV

Avant d'accedir a la documentació, ha d'acordar-se que el document està en la seva versió final i que no hi ha errors tipogràfics. El document no té validesa si es signa després de la seva versió final. El signatari ha d'acordar-se que el document està en la seva versió final i que no hi ha errors tipogràfics. El document no té validesa si es signa després de la seva versió final.

Valentí Pérez González. Montjuïc, Recbeda
Data i hora 15/06/2016 13:38





como de los órganos de control interno, las entidades deberán mantener un registro actualizado de clientes evaluados y productos no adecuados que reflejará, para cada cliente, los productos cuya conveniencia haya sido evaluada previamente con resultado negativo. Ello sin perjuicio de que las entidades puedan realizar tantas evaluaciones a los clientes como estimen oportunas."

Finalmente, la STS de fecha 20.1.14, en cuanto que establece: "En un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.

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

En consecuencia, procede desestimar el único motivo de casación porque la sentencia recurrida al apreciar el error vicio y acordar la anulación del contrato de swap, no infringió la normativa MiFID ni la jurisprudencia sobre el error vicio.

Partiendo de la declaración de incumplimiento culposo de las obligaciones que correspondían a la entidad bancaria demandada en la comercialización de los productos de autos litigiosos, se aprecia relación de causalidad entre este incumplimiento y los daños reclamados, consistentes en la diferencia entre la inversión inicial y los rendimientos obtenidos.

En consecuencia, concurren todos los requisitos de la responsabilidad contractual objeto de demanda y ésta debe ser estimada con condena a la parte demandada a indemnizar a la actora los daños derivados del incumplimiento de los deberes de información antes descritos y que se valoran en la diferencia entre la inversión inicial y el importe obtenido de rendimiento con sus intereses, esto es, en la suma de 13.004,06 euros, resultado de restar a la cantidad invertida de 15.000 euros el importe percibido en concepto de cupón y que salvo error u omisión se han contabilizado en la suma de 1995,94 euros.

Respecto de los denominados gastos de custodia, no ha lugar, habida cuenta que no se justifica su perjuicio.

Lo expuesto, por otro lado, respecto de la estimación de la demanda, evidencia, lógicamente, la desestimación de la alegada falta de legitimación pasiva por entender que efectivamente la demandada ha ocupado la posición de Bankpime en los contratos suscritos en su día por los demandantes. (en tal sentido ST AP de Palma de Mallorca 15.4.16 y AP de Castellón 10.4.14)





Sexto: El art. 1101 del Código Civil establece que "quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios y causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas". El concepto de mora lo fija el art. 1100 CC, párrafo 1º, al señalar que "incurren mora los obligados a entregar o hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación". Por su parte, el art. 1108 CC dispone que "si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal".

A la vista de los preceptos legales citados, procede condenar a la parte demandada al pago de los intereses legales devengados por la cantidad objeto de condena desde la interposición de la demanda, al ser el primer acto de reclamación fehacientemente acreditado.

Séptimo: En materia de costas procesales, de acuerdo con el art. 394 LEC, dada la estimación de la demanda, procede expresa imposición de las costas procesales causadas en esta instancia a la parte demandada.

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

FALLO

QUE ESTIMANDO sustancialmente la demanda interpuesta por
contra (sucesora de BANKPIME)
DEBO CONDENAR Y CONDENO a la demandada a indemnizar a la parte actora
en la suma de 13004,06 euros mas los intereses legales que correspondan.

Todo ello con expresa imposición de las costas procesales causadas en esta instancia a la parte demandada.

Notifíquese esta sentencia a las partes procesales, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación que, en su caso, deberá interponerse ante este juzgado dentro de los veinte días siguientes a la notificación de esta resolución.

LLevese el original al libro de sentencias.

Por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para incorporarlo a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo.

