



Juzgado de Primera Instancia nº 27 de Barcelona

Gran Vía de les Corts Catalanes, 111, edifici C, planta 8 - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935549427
FAX: 935549527
EMAIL: instancia27.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120170044573

Procedimiento ordinario

Materia: Juicio ordinario sobre productos y activos financieros

Cuenta BANCO SANTANDER:

Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 27 de Barcelona

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: Pedro Moratal Sendra
Abogado/a: OSCAR SERRANO CASTELLS

Parte demandada/ejecutada: CAIXABANK SA

Procurador/a: Ramon Feixó Fernández-Vega
Abogado/a:

SENTENCIA N° 218/2017

Magistrada: Yolanda Lucia Arrieta Cavez

Lugar: Barcelona

Fecha: 3 de noviembre de 2017

Vistos por Dª.Yolanda Arrieta Cavez, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº veintisiete de Barcelona, los presentes autos de juicio declarativo ordinario nº , sobre acción de resolución contractual y de indemnización de daños y perjuicios, seguidos entre partes, de una y como demandante, asociación de usuarios financieros (Asufin) en defensa e interés de su asociado Don , representada por el Procurador Sr.Moratal Sendra y asistida del Letrado Sr.Serrano Castells, de otra y como demandada, CaixabankSA S.A, representada por el Procurador Sr.Feixó Fernández Vega y asistida del Letrado Sr. , pronuncio la siguiente sentencia:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Que por el Procurador Sr.Moratal Sendra, en la representación que tiene acreditada, se promovió demanda que tuvo entrada en este Juzgado turnada por reparto el 2 de marzo de 2017, en la que, tras exponer los hechos en los que basaba la misma y citar los fundamentos de derecho que estimó aplicables, terminó suplicando se dicte Sentencia por la se declare el incumplimiento por la demandada de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta de los instrumentos objeto de la presente demanda, en los términos recogidos en la misma; y como consecuencia de ello, se resuelvan los contratos no vencidos de 29 de junio de 2005, 4 de julio de 2005 y 5 de diciembre de 2006 y se condene a la demandada a pagar a la parte actora en concepto de indemnización de daños y perjuicios la suma de 54.955,50 euros, más los gastos de custodia vinculados a los valores y más los intereses legales desde la fecha de la reclamación judicial, debiendo compensar de todo ello los importes percibidos en concepto de rendimientos o cupones y sus intereses.





SEGUNDO. Por Decreto de 10 de marzo de 2017, tras cumplir el previo requerimiento que se le efectuó, se tuvo por parte al Procurador Sr.Moratal Sendra en la representación indicada, admitiéndose a trámite la referida demanda, de la que se dio traslado a la demandada para que en el término de veinte días compareciera y contestara a la misma, lo que así verificó, terminando suplicando, tras exponer los hechos y citar los fundamentos de derecho que estimó oportunos, se dicte Sentencia en la que se desestime la demanda formulada, imponiendo las costas de este procedimiento a la parte actora.

TERCERO. Convocadas las partes a la oportuna Audiencia Previa que previene el artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que tuvo lugar el día 29 de junio de 2017, se ratificó la actora en la demanda, solicitando el recibimiento del pleito a prueba, no impugnando los documentos de la demandada. Concedida la palabra a la demandada, se ratificó en su contestación, no impugnando los documentos aportados de contrario, fijándose asimismo por las partes los hechos objeto de debate, concediéndose a continuación a las partes la posibilidad de proponer la prueba que considerasen procedente, haciéndolo así, proponiéndose por la parte actora prueba documental y testifical, y por la parte demandada prueba documental, la cual se admitió y declaró pertinente, señalándose día y hora para la celebración de juicio.

CUARTO. Que en fecha 2 de noviembre de 2017 tuvo lugar el juicio para la práctica de la prueba admitida a las partes, exponiendo tras ello las partes los hechos en que basaban sus pretensiones, las conclusiones sobre las pruebas practicadas, así como los fundamentos jurídicos en los que fundan sus respectivas pretensiones, tras lo cual quedaron los autos sobre la mesa de la Juzgadora para dictar Sentencia.

QUINTO. En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que, con carácter previo a entrar a examinar, en su caso, el fondo de la litis, ha de resolverse acerca de la excepción, en primer lugar, de falta de legitimación pasiva " ad procesum" de la demandada que mantiene que no ha existido una sucesión universal de Caixabank en la posición de Bankpyme, ya que la trasmisión que se articuló el 29 de septiembre de 2011, según escritura aportada como documento uno de la contestación, no constituye sucesión universal en la posición de aquella, sino que únicamente se transmitieron determinados activos y pasivos, con expresa exclusión de los pasivos contingentes por reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes y futuras derivadas de la actividad de Bankpyme.

Que tales alegaciones no pueden prosperar, y a tal efecto se dan por reproducidos, por compartirlos, los razonamientos expuestos en la Sentencia de la Audiencia provincial de Baleares, sec. 4^a, de 6 de octubre de 2014, en la que se expone 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., 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.

Y no sólo la apelada tiene dicha legitimación pasiva conforme al precepto mencionado, sino que también, de acuerdo a las razones que seguidamente se expondrán, al recurrente asiste el correspondiente derecho de acción frente a CAIXABANK, S.A., que a diferencia de la legitimación pasiva, que apunta a la capacidad procesal de las partes referida a un proceso concreto, por estar las mismas en cierta relación con el objeto de litigio, atiende al éxito de la pretensión, para lo cual es preciso demostrar que se está asistido de la acción de derecho material que se utiliza y que se han probado los elementos que éste exige para su validez y eficacia, así como los hechos determinantes en cada caso. Así lo han destacado, entre otras, las S.S. T.S. de 11 de abril y 18 de mayo de 1.962, 6 de noviembre y 2 de diciembre de 1.964, 24 de abril y 27 de noviembre de 1.969.

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 depositaría, 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.

Ahora bien, la figura de la cesión del contrato en cuanto tal no se encuentra regulada en el Código Civil, aunque es generalmente admitida por la jurisprudencia y por la doctrina científica. Previstas solamente en nuestro Código la cesión de créditos y la asunción de deudas, el anclaje normativo de la cesión contractual debe residenciarse en el art. 1.255 del Código Civil y, por tanto, en el principio de autonomía de la voluntad, a cuyo través las partes de un contrato pueden acordar la cesión del mismo. Se trata, por consiguiente, de un negocio jurídico atípico, excepto determinados supuestos regulados por las leyes que no son aquí de aplicación.

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. ..., que es la que aquí interesa, por los pactos y condiciones sobrevenidas a la misma.

Pues bien, desde un punto de vista dogmático y como se encarga de recordar la S.A.P. de Madrid (Sección Décima), de 26 de enero de 2.011, objetivamente y también desde una perspectiva subjetiva, es válida una transmisión global de determinada posición jurídica, en definitiva, del conjunto de efectos contractuales que dimanan de la misma, sin necesidad de descomponerla en tantos negocios transmisivos como créditos y obligaciones generados por ella. Existe entonces un negocio plurilateral que en cuanto tal -es muy importante subrayarlo- "precisa del concurso de voluntades de todos los sujetos implicados, cedente, cesionario y parte contractual cedida".





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.

Se ha adelantado ya que la cesión contractual ha sido admitida por la jurisprudencia y buen ejemplo de ello es la S.T.S. de 6 de noviembre de 2.006, la cual afirma que la cesión de contrato es "el traspaso a un tercero, por parte de un contratante, de la posición íntegra que ocupaba en el contrato cedido", de modo que el cesionario (aquí CAIXABANK, S.A.) adquiere los derechos que la cedente (BANKPYME, S.A.) tenía en la relación contractual (en el supuesto enjuiciado con el Sr. ...), como si hubiese sido el contratante inicial. Las S.S. T.S. de 26 de noviembre de 1.982, 9 de diciembre de 1.997, 9 de diciembre de 1.999, 21 de diciembre de 2.000 y 19 de septiembre de 2.002, exigen para la efectividad de la cesión que concurran en el negocio jurídico en que ésta consiste las tres partes, esto es, cedente, cesionarias y el cocontratante que resultará afectado por la cesión contractual, en esta ocasión el Sr. Eulalio, porque sin el consentimiento de éste carece para él de eficacia dicha cesión o, en palabras de la citada S.T.S. de 9 de diciembre de 1.997, "la necesidad de mediar consentimiento (del cedido) es requisito determinante de la eficacia de la referida cesión contractual". Por su parte, la también mencionada S.T.S. de 19 de septiembre de 2.002 subraya la necesidad de consentimiento del cedido e indica: "Respecto del consentimiento de la parte cedida, éste es fundamental, en tanto que es el acreedor de los derechos y obligaciones establecidos en el contrato, se ha de significar que: a) La parte cedida no está obligada a consentir la cesión, a menos que esta, esté prevista por Ley, ya que nadie está obligado a mantener relaciones contractuales con una persona diferente a la que celebró el contrato con él".

En nuestro caso, consta que el apelante consintió la cesión contractual, porque continuó trabajando con CAIXABANK, S.A. sin protesta alguna, pero en modo alguno puede extenderse su consentimiento al desentendimiento por parte de la cesionaria de las reclamaciones que pudiera efectuar el Sr. ... en virtud de la relación contractual mantenida con BANKPYME, S.A., porque nunca tuvo noticia ni medio de conocer D. tal exclusión de la transmisión efectuada entre las entidades de las reclamaciones que por responsabilidad extracontractual o contractual pudieran hacérsele derivadas de la relación jurídica originaria celebrada con BANKPYME, S.A.

Para terminar con este punto debe advertirse que no es de aplicación al presente caso el principio de relatividad de los contratos, establecido en el primer párrafo del art. 1.257 del Código Civil, aun cuando de ello no se desprenda beneficio alguno para la entidad mercantil apelante. Porque, como se ha venido afirmando hasta el momento, un contrato de cesión tiene como consecuencia de la convergencia de voluntades, la asunción por el cesionario, en virtud de la subrogación en la posición contractual del cedente, de las obligaciones pendientes que incumbían a éste (Cf. S.T.S. de 9 de julio de 2.003, que cita las del mismo Tribunal de 26 de noviembre de 1.982 y 9 de diciembre de 1.997, entre otras), por lo que los efectos jurídicos de la cesión se proyectan en tres direcciones, cedente, cesionario y cedido, cuyo consentimiento, como ya se ha dicho, es indispensable a diferencia de lo que sucede con la cesión de derechos. Por consiguiente, como reconoce la mencionada S.T.S. de 9 de julio de 2.003, la responsabilidad contractual (de CAIXABANK, S.A. en nuestro caso) deriva de una cesión contractual, que implica una subrogación en la totalidad de los derechos y obligaciones del contrato, lo cual es ajeno al citado principio de relatividad contractual.

Así las cosas, ninguna relevancia tiene que actualmente siga operando la entidad





cedente en el tráfico jurídico, aun con otra denominación y distinto objeto social, porque ello no resta un ápice de legitimación pasiva en esta litis a la entidad que adquirió la totalidad del negocio bancario de aquélla, subrogándose en los contratos celebrados y asumiendo su posición en los mismos. Todo ello, sin perjuicio de la acción de repetición que pueda competir a CAIXABANK, S.A. frente a su cedente y con base en los pactos contractuales celebrados entre ellas.

Idéntica conclusión que la nuestra es la adoptada en un supuesto análogo al enjuiciado, en el que fue también demandada CAIXABANK, S.A., y resuelto por la S.A.P. de Castellón (Sección Tercera), de 10 de abril de 2.014. Ante la alegación de que aquella sociedad tan solo adquirió determinados elementos del activo y pasivo que conformaba el negocio bancario de BANKPYME, S.A., sin concurrencia de un supuesto de transmisión 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 pudieran derivarse de la actuación de BANKPYME, S.A., indicando además que esta última entidad mantenía su personalidad jurídica y que ninguna sucesión había tenido lugar a propósito de eventuales reclamaciones por productos adquiridos a través de BANKPYME, S.A., rechaza la mencionada resolución esa tesis y afirma:

"Se basa nuestra decisión en que como consecuencia de la adquisición del negocio bancario de Bankpyme por parte de Caixabank se produjo la cesión a ésta de los contratos a través de los que se desarrollaba aquél, con la consiguiente subrogación de ésta en la posición jurídica ocupada por aquélla 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 Bankpyme (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 Bankpyme a todos los efectos".

Que por su parte, expone la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 17^a, de 8 de junio de 2016, nº 275/2016, rec. 904/201 "Está legitimada pasivamente la entidad "Caixabank" en virtud de la cesión contractual, y no como simple depositaria, sino porque ésta siguió dando asesoramiento a los demandantes, a los que, como consumidores, deben evitárselas cualquier tipo de peregrinaje derivado de la comercialización, administrativa y/o gestión de los productos adquiridos, de la





declaración en quiebra de la entidad emisora, de la práctica "desaparición" de "Bankpyme" que ejecutó las comercializaciones pretéritas, y la transformación de éste en "Impe, 2012m SA ", declarada en estado legal de concurso; y todo ello sin información clara, suficiente y continuada a los consumidores- demandantes, ni con la conformidad ni intervención de éstos. Resulta chocante que se admite por la demandada su condición de depositaria y custodiante de los valores, y en cambio no asuman las obligaciones de "Bankpyme" y cobre comisiones derivadas de la contratación precedente o pretérita, y por otra parte remita a los ordenantes a otra entidad concursada (IMPE.2012) desde el 22-abril-14, cuando en documento privado de compraventa de 29-septiembre-2011, elevado a público el 1-diciembre siguiente, "Bankpyme" (vendedora) y "Caixabank, SA" (compradora) pactaron que: "I.- Bankpyme y Caixabank, conjuntamente con los tres accionistas de referencia de Bankpime, suscribieron en fecha 29 de septiembre de 2011, un documento privado de contrato de compraventa de negocio bancario (el "Contrato de Compraventa") por el cual Bankpime se comprometió a vender y ceder, y Caixabank a comprar y asumir, los elementos patrimoniales que conforman dicho negocio bancario de Bankpime (el "Negocio Transmitido"), sujeto al cumplimiento de determinadas condiciones suspensivas, extendido junto con sus Anexos en 42 folios de papel común. Los comparecientes me hacen entrega de dicho documento, y a su instancia queda protocolizado con esta matriz. II.- Que a la presente fecha, se han cumplido las mencionadas condiciones suspensivas, y en consecuencia las Partes desean formalizar la transmisión del Negocio Trasmitido y sus elementos, mediante la elevación a público del documento privado de acuerdo de cierre (el "Acuerdo de Cierre") que las Partes han suscrito en fecha de hoy extendido junto con sus Anexos en 27 folios de papel común. III.- que a efectos de ejecutar la transmisión del Negocio Transmitido de Bankpime a Caixabank y dado que la adquisición del mismo se realiza sin sucesión universal, las Partes han acordado formalizar la cesión o transmisión de los diferentes elementos patrimoniales que conforman el mismo en contratos separados, agrupándolos según su naturaleza jurídica. En relación al pago del precio se hace constar a los efectos oportunos que la transmisión del negocio bancario de Bankpime a CaixaBank consiste en la adquisición por CaixaBank de determinados activos y la asunción de determinados pasivos, por un precio en metálico de 16 millones de euros que se abonará a Bankpime mediante transferencia a realizar por CaixaBank a una cuenta bancaria de Bankpime abierta en la propia CaixaBank, en los términos y condiciones previstos en el Acuerdo de Cierre"; y que " Contrato de Compraventa de Negocio suscrito entre: Banco de la pequeña y mediana empresa, S.A. como vendedor y CaixaBank, SA como comprador, Barcelona, 29 de septiembre de 2011. IV.- que Bankpime declara que su Consejo, ante la imposibilidad de Bankpime de continuar su actividad bancaria cumpliendo con los requisitos regulatorios de solvencia, ha considerado que la mejor alternativa económica disponible es transmitir al comprador los activos y pasivos que conforman el negocio bancario de Bankpime (tal y como se configura más adelante), a cambio de un precio en efectivo (superior al valor neto contable del negocio transmitido), que junto con todos los activos no bancarios que no se transmiten, dejen a la entidad con suficientes recursos para hacer frente a los pasivos remanentes, debiendo ser todo ello sometido a la aprobación de la Junta General de Bankpime que se convocará al efecto y ofreciendo a todos aquellos accionistas distintos de los Accionistas de Referencia la posibilidad de recomprar sus acciones. V.-Que el comprador declara estar interesado en adquirir únicamente los elementos patrimoniales que conforman el negocio bancario de Bankpime, incluyendo la intermediación de valores, depositaria y custodia, así como su gestora de fondos, sin sucesión universal, y por un precio superior al valor neto contable de los elementos patrimoniales a transmitir.

El objeto del presente contrato es establecer los términos y condiciones bajo los cuales el vendedor transmitirá al comprador su negocio bancario como unidad económica (en adelante, el "Negocio Transmitido"), que comprende principalmente y a título





enunciativo: i) tesorería y depósito del vendedor en otras entidades de crédito, la cartera de inversión crediticia, valores representativos de deuda en el activo del balance, las cuentas de orden relacionadas con el Negocio transmitido, el pasivo de clientes (depósitos), debitos representados por valores negociables, y la titularidad -de dominio o en condición de arrendatario según sea el caso- de las oficinas bancarias del vendedor y de sus respectivos empleados. Se adjunta como Anexo 1.(b) una descripción pro forma a 31 de agosto de 2011 que refleja los elementos de activo y pasivo del Negocio Transmitido que el comprador adquiriría si la operación se ejecutase en dicha fecha.

2.1 cesión y venta de elementos de activo y cesión de contrato. En fecha de cierre, el vendedor cederá al comprador los contratos y las operaciones relacionadas con el negocio transmitido, que los asumirá en los términos establecidos en este contrato.

2.1.1 Cesión de la cartera de Inversión Crediticia. El vendedor cederá al comprador, que asumirá en virtud de tal cesión de posición contractual o de derechos de crédito, según corresponda, los préstamos, líneas de crédito, avales y cualesquiera otras operaciones que impliquen un riesgo de crédito para el vendedor celebrados con todos sus clientes (excepto por aquellos préstamos y créditos concedidos a la sociedad Multinmueble, SA) (en adelante, los "Clientes Cedidos") (en adelante, la "Cartera de Inversión Crediticia"). El vendedor declara y garantiza la existencia y legitimidad de la cartera de inversión crediticia de acuerdo con el artículo 1.529 del Código Civil y el artículo 348 del Código de Comercio pero no responderá de la solvencia de los Clientes Cedidos ni del cumplimiento por los Clientes Cedidos de sus obligaciones, incluida la de pago, derivadas de los créditos o de cualesquiera otros derechos cedidos. El vendedor y el comprador se obligan a notificar la cesión de la cartera de inversión crediticia a los clientes cedidos y garantes respectivos de conformidad con el artículo 1.526 del Código Civil y el artículo 347 del Código de Comercio inmediatamente después de la fecha de cierre. El vendedor autoriza expresamente al comprador para realizar notificación. Cuando así se lo solicite el comprador, el vendedor se obliga a otorgar las escrituras públicas que sean necesarias para formalizar la cesión de las operaciones incluidas en la cartera de inversión crediticia. El otorgamiento de tales escrituras públicas se realizará dentro de los cinco (5) días siguientes al requerimiento que efectúe el comprador al vendedor. Serán pro cuenta del comprador los gastos e impuestos derivados del otorgamiento de tales escrituras públicas. Antes de la fecha de cierre, el vendedor y el comprador realizarán todas las actuaciones comerciales necesarias respecto de los clientes cedidos para adelantar y facilitar la cesión de la referida cartera de inversión crediticia..... Es objeto de cesión asimismo la cartera de fallidos incluidos en las cuentas de orden de Bankpime y, en consecuencia, todas la reclamaciones judiciales interpuestas por el vendedor contra sus deudores para recuperaciones de créditos. Respecto de los préstamos que se encuentran fuera de balance por haber sido titulizados, el comprador se subrogará en la prestación de los servicios de administración y gestión que actualmente viene prestando el vendedor respecto de los mismos.

2.1.2 Cesión de tesorería, depósitos de entidades de crédito y otros instrumentos financieros. El vendedor transferirá la titularidad y/o cederá los derechos de cobro, según sea el caso al comprador respecto de las posiciones de tesorería, depósitos de entidades de crédito y otros instrumentos financieros.

2.1.3. Cesión del negocio de depositaria, custodia, intermediación de valores, gestión discrecional de carteras y otras actividades relacionadas con el negocio transmitido. El vendedor cederá al comprador, que asumirá en virtud de tal cesión, la posición contractual del primero, el negocio de depositaria, custodia, intermediación de valores, gestión discrecional de carteras y todas aquellas otras actividades relacionadas o derivadas del negocio transmitido, incluida la llevanza del registro contable de las acciones emitidas por la propia Bankpime.

2.1.4. Cesión de contratos de arrendamiento y otros contratos. Las partes negociarán de buena fe la cesión de otros contratos relacionados con el negocio transmitido que se puedan identificar durante el período interino (según queda definido en cláusula 8.1 posterior).....

2.1.6. Sustitución del vendedor como depositario de los





fondos de inversión y las SICAVs. De conformidad y con sujeción a los términos y condiciones establecidos en este contrato y en la normativa española aplicable, como parte del negocio transmitido, el comprador sustituirá al vendedor como depositario de los fondos de inversión y las SICAVs.....2.2 Cesión de elementos de pasivo. 2.2.1. Depósitos de clientes. El vendedor cederá al comprador, y el comprador asumirá en virtud de cesión de la posición contractual, los derechos y obligaciones del vendedor en las cuentas corrientes, cuentas de depósito, contratos bancarios ordinarios, tales como cajas de seguridad, custodia de valores, etc y cualesquiera otras operaciones que no impliquen un riesgo de crédito para el vendedor celebrado con los clientes (en adelante, la Cartera de Pasivos).

El vendedor y el comprador se obligan a notificar la cesión de la Cartera de Pasivos a los clientes inmediatamente después de la fecha de hoy y antes de la fecha de cierre. El vendedor autoriza expresamente al comprador para realizar dicha notificación. Deberá concederse a cada cliente un plazo de treinta (30) días para que pueda expresar su oposición a la referida cesión. En caso de no manifestarse en este plazo, se considerará que el cliente acepta la cesión de forma tácita.2.2.2 Cesión de otros pasivos financieros. El vendedor transferirá la titularidad y/o cederá las obligaciones de pago al comprador, según sea el caso, respecto de depósitos de entidades financieras, la cédula hipotecaria y otros pasivos financieros".

No puede perjudicar a los ahora actores las cláusulas en perjuicio de terceros, ad exemplum las relativas a "activos y pasivos no cedidos" y como las de "el comprador no asumirá ni adquirirá ningún pasivo del vendedor distinto de los expresamente asumidos en la cláusula 2.2 anterior. En particular, se excluyen de la operación contemplada en el presente contrato y constituyen pasivos retenidos por el vendedor y no transmitidos al comprador los pasivos contingentes tales como reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes o futuras que pueda derivarse de la actividad del vendedor pasada o futura. En el caso que el comprador recibiera una notificación de una reclamación por la materialización de los referidos pasivos contingentes, lo comunicará al vendedor y le suministrará la información escrita de la que dispusiera sobre el particular (y que hubiese sido previamente traspasada al comprador por el vendedor conforme al segundo párrafo de la cláusula 2 anterior) para que el vendedor pueda hacer frente a dicha reclamación. El vendedor mantendrá indemne al comprador por los daños y perjuicios que pudiera sufrir como consecuencia de los pasivos no cedidos. Se adjunta como Anexo 4 un balance pro forma a 31 de agosto de 2011 que refleja el balance del vendedor con los activos y pasivos no transmitidos post-operación y que no incluye el ingreso del precio (según se define en la cláusula 5 posterior)", máxime en relación por reclamaciones presentes o futuras derivadas de la actividad de "Bankpyme", pasada o futura, y máxime cuando no consta la exclusión de tal concreto pasivo. Item más, se hace necesario recalcar, las anteriores previeron la cesión de contratos, en la cláusula 2.1 del contrato de "compraventa de negocio", y que ahora niegan, la cesión de posición contractual en la cláusula 2.2.1; se obligaban a notificar la cesión a clientes, la entidad documentada se subrogaba en la prestación de servicios de administración y gestión sobre los préstamos fuera de balance; pactaron la cesión de derechos de cobro de depósitos y otros instrumentos financieros (cláusula 2.1.2), de cesión del negocio y otras actividades (cláusula 2.1.3), la cesión de otros contratos (cláusula 2.1.4), la cesión de depósitos de clientes en la posición contractual (cláusula 2.2.1) y de otros pasivos financieros (cláusula 2.2.2), la subrogación de empleados (cláusula 2.3) y la demandada no acompaña el balance que refleja la exclusión del crédito de los actores (cláusula 4 y Anexo-4 como f. 215 a 261 y 278) ni la notificación a los actores de la sustitución por "Caixabank" a "Bankpyme"; por todo lo cual esta Sala ratifica la estimación de cesión contractual entre éstas últimas, en virtud de la cláusula 14, asimismo, del Acuerdo, corroborado por la fusión por absorción de "Bankpyme Gestión" por "Invercaixa Gestión"; y por las modificaciones contractuales efectuadas por





la demandada y notificadas a los actores, a 8-1-13, y extractos de Valores según "La Caixa", y rendimientos de la inversión y escudarse después en que la "sucesora" de Bankpyme había concursado (IPME 2012, SA -) en tanto que a 29-11- 11 se concedió autorización a "Bankpyme SA" y a "Caixabank SA" para llevar a cabo la operación societaria de transmisión del negocio bancario de la primera a favor de la segunda. Se desestima la excepción de falta de legitimación pasiva, invocada por la entidad "Caixabank SA".

Que ha de hacerse referencia igualmente en cuanto a esta cuestión al hecho alegado mediante escrito de 15 de septiembre de 2017 por la parte demandada como un hecho de nueva noticia en relación a que había tenido conocimiento de que en el concurso de acreedores de IPME 2012 SA se había autorizado a la administración concursal a negociar con los acreedores titulares de créditos litigiosos a fin de poder alcanzar posibles acuerdos transaccionales, cuestión ésta que, por una parte, ya se resolvió que no podía considerarse como un hecho de nueva noticia en los términos que establecía el artículo 286 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al tratarse de un hecho acaecido con anterioridad a la audiencia previa, y por otra parte resulta una cuestión ajena al objeto de este procedimiento, al no ser la concursada parte en esta litis ni consta que el demandante se encuentre personado ni mucho menos en dicho procedimiento concursal.

Que se alega igualmente en el escrito de contestación a la demanda una excepción de caducidad de la acción, pues se dice que la demanda se fundamenta en el supuesto error sufrido por el demandante en el momento de contratar y por ello sería de aplicación el plazo de caducidad de cuatro años que establece el artículo 1301 del Código Civil en cuanto al ejercicio de la acción de anulabilidad, alegaciones estas que es evidente que no pueden prosperar desde el momento en el que la acción que se ejerce en la demanda, y así viene claramente establecido en la misma, no es una acción de nulidad por error en el consentimiento sino una acción de resolución contractual por incumplimiento por parte de Bankpyme, en la actualidad Caixabank SA, de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información en la venta de los productos objeto de este procedimiento, acción esta resolutoria respecto de la que ninguna alegación en cuanto a su prescripción se adujo en el escrito de contestación.

Que, asimismo, en las páginas 15 a 17 del escrito de contestación a la demanda se hizo referencia a la falta de legitimación pasiva de la demandada en el sentido material, que se fundaba en el hecho de que la misma no fue parte en el contrato de compraventa de las preferentes, sino que la intervención de Bankpyme se limitó a intermediar en el mercado, ejecutando una orden de compra por cuenta del cliente, cuestión que se examinará y resolverá más adelante, por estar íntimamente ligada con la actuación desarrollada por la demandada y que en relación a sus incumplimientos funda la petición resolutoria que articula la parte actora.

SEGUNDO. Que ha quedado acreditado, merced a la prueba practicada, que el asociado de la **Don**, médico de profesión y que no consta tuviera especiales conocimientos financieros era cliente desde hacía años de la entidad Bankpyme, siendo el empleado de la citada entidad ubicada en la calle **de Valencia** Don **con el que** mantenía una relación de confianza, y así las cosas, orientado el demandante por los consejos e información que se le dio por el Sr. **adquirió**, aunque no consta una de las órdenes de suscripción, participaciones preferentes Kaupthing Bank 6,75 % en fecha 29 de junio de 2005, en concreto quince títulos por importe de 15.337,50 euros, el 4 de julio de 2005 tres títulos por importe de 3.067,50 euros y el 5 de diciembre de 2006 35 títulos por un importe de 36.550,50 euros, reflejándose en las dos únicas órdenes de compra que constan, que son las relativas a las dos últimas adquisiciones, únicamente





la descripción del valor, el número de títulos, el cambio límite y el plazo de validez en la primera de ellas, y en la segunda se reflejaba como fecha de vencimiento el 29 de junio de 2049, el cambio y la clase de operación, remitiendo a las condiciones contractuales generales en el contrato de administración y depósito, que no consta obrante en las actuaciones, ascendiendo el importe total de la inversión a la suma de 54.955,50 euros, sin mayores concreciones, siendo un hecho notorio que a principios del mes de octubre de 2008, y como fuera que estallara la crisis financiera en Islandia, cuyo gobierno se vio obligado a nacionalizar, entre otros, el banco Kaupthing Bank, se dejaron de pagar por este los dividendos y se declaró en quiebra, habiendo percibido el demandante rendimientos por importe de 7.187,54 euros y abonado por gastos de custodia la suma de 93,52 euros.

TERCERO. Que la parte demandante expone que el producto que se aconsejó comprar a la misma, tiene un carácter quasi perpetuo y una rentabilidad no garantizada, siendo un instrumento complejo y de un riesgo elevado, que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido, el cual puede llegar a perder según la situación del mercado, del emisor y las condiciones financieras del producto, situándose los titulares de estas participaciones preferentes, en el caso de insolvencia del emisor, y en el orden de recuperación de los créditos, por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados, habiendo la demandada abusado de la posición de ventaja que como profesional tenía respecto del cliente y de la confianza depositada por aquel en la entidad, solicitando la resolución de los contratos suscritos por incumplimiento por la demandada de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información por la venta asesorada de los instrumentos financieros objeto de la demanda, con las consecuencias pecuniarias que de ello se derivan, ya que no se le informó de que se trataba de un producto complejo y de riesgo elevado, que puede generar pérdidas en el capital invertido y del carácter limitado de su liquidez, máxime teniendo en cuenta la relación de confianza que existía con la demandada a través de su empleado Sr. , careciendo el demandante de conocimientos financieros ni de experiencia inversora previa, sin que en nada influya el hecho de que hubiera diversificado sus inversiones y sin que tampoco se hiciera entrega de folleto informativo de la emisión, siendo además un producto inadecuado para el perfil del siguiente.

Que a todas estas peticiones se opone la entidad bancaria demandada, que aduce, primeramente, las excepciones de caducidad y falta de legitimación pasiva "ad procesum" ya resueltas, manifestando que en todo caso Bankpyme se limitó a ejecutar la orden de suscripción y de compra de títulos por parte de la demandante en el mercado, negando tener obligación alguna de asesoramiento, negando haber incurrido en incumplimiento alguno tanto en la fase precontractual, como en la contractual o con posterioridad, siendo su única obligación la custodia de los productos, de los que tenía debido conocimiento la parte demandante, al que se informaba de diversos productos y era el cliente el que finalmente escogía, teniendo el mismo experiencia inversora previa en acciones e inversores de renta variable, procediendo examinar las alegaciones de las partes, a la vista de la prueba practicada, a fin de concluir si procede o no en su caso estimar las pretensiones esgrimidas por la demandante.

CUARTO. Que las participaciones preferentes tienen su fuente normativa en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión , Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, modificada, con posterioridad a la fecha en la que se firmó la orden de suscripción de las participaciones preferentes que nos ocupa, por el art. 1.10 de la Ley 6/2011, de 11 de abril, por la que se transpone a nuestro Derecho la Directiva 2009/111/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009.





Que la citada Disposición Adicional establecía que " Las participaciones preferentes a que se refiere el artículo séptimo de esta ley tendrán que cumplir, entre otros, los siguientes requisitos:

- a) Ser emitidas por una entidad de crédito o por una entidad residente en España o en un territorio de la Unión Europea, que no tenga la condición de paraíso fiscal, y cuyos derechos de voto correspondan en su totalidad directa o indirectamente a una entidad de crédito dominante de un grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito y cuya actividad u objeto exclusivos sea la emisión de participaciones preferentes.
- b) En los supuestos de emisiones realizadas por una entidad filial, los recursos obtenidos deberán estar depositados en su totalidad, descontados los gastos de emisión y gestión, y de forma permanente en la entidad de crédito dominante o en otra entidad del grupo o subgrupo consolidable. El depósito así constituido deberá ser aplicado por la entidad depositaria a la compensación de pérdidas, tanto en su liquidación como en el saneamiento general de aquélla o de su grupo o subgrupo consolidable, una vez agotadas las reservas y reducido a cero el capital ordinario. En estos supuestos las participaciones deberán contar con la garantía solidaria e irrevocable de la entidad de crédito dominante o de la entidad depositaria.
- c) Tener derecho a percibir una remuneración predeterminada de carácter no acumulativo. El devengo de esta remuneración estará condicionado a la existencia de beneficios distribuibles en la entidad de crédito dominante o en el grupo o subgrupo consolidable.....
- f) Tener carácter perpetuo, aunque se pueda acordar la amortización anticipada a partir del quinto año desde su fecha de desembolso, previa autorización del Banco de España.
- g) Cotizar en mercados secundarios organizados.

h) En los supuestos de liquidación o disolución, u otros que den lugar a la aplicación de las prioridades contempladas en el Código de Comercio, de la entidad de crédito emisora o de la dominante del grupo o subgrupo consolidable de las entidades de crédito, las participaciones preferentes darán derecho a obtener exclusivamente el reembolso de su valor nominal junto con la remuneración devengada y no satisfecha y se situarán, a efectos del orden de prelación de créditos, inmediatamente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la entidad de crédito emisora o de la dominante del grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito y delante de los accionistas ordinarios y, en su caso, de los cuota partícipes".

Que los títulos emitidos por Kaupthing Bank son definidos por la Comisión Nacional de Mercado de Valores como valores de capital denominados Non Cumulative Undated 6,75% capital notes, con un código Isin XSO 3086 36 157, emitidos por la sociedad Kaupthing Bank y admitidos a negociación en la bolsa de Frankfurt, teniendo como características principales una retribución fija de 6,75% anual, pagadero trimestralmente, con algunas limitaciones en cuanto al reparto de dicha retribución, básicamente sujeto a beneficios distribuibles suficientes, y el carácter subordinado y perpetuo de la emisión, si bien se estableció una opción de compra del emisor o call a partir del 6 de julio de 2012, por lo que se trataba de una inversión en un producto asimilable a lo que en España se conoce como participaciones preferentes y, por tanto, dadas sus características, el producto adquirido debía ser considerado de riesgo elevado, y, además, en el caso de suspensión del pago de los intereses ello no suponía un aplazamiento sino una cancelación definitiva de dicho pago.

Que la Sección 5^a de la Audiencia provincial de Asturias, en Sentencia de 18 de julio de 2.013 recoge que " Las participaciones preferentes se encuentran reguladas en la Ley 13/1985 de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión , Recursos Propios y Obligaciones





de Información de los Intermediarios Financieros. En el artículo 7 de dicha Ley 13/1985 se establece que las participaciones preferentes constituyen recursos propios de las entidades de crédito. Las participaciones preferentes cumplen una función financiera de la entidad y computan como recursos propios, por lo que el dinero que se invierte en participaciones preferentes no constituye un pasivo en el balance de la entidad. El valor nominal de la participación preferente no es una deuda del emisor, por lo que el titular de la misma no tiene derecho de crédito frente a la entidad, no pudiendo exigir el pago. La consecuencia de ello es que el riesgo del titular de la participación preferente es semejante, aunque no igual, al del titular de una acción. En la

Disposición Adicional Segunda de esta ley se regulan los requisitos para la computabilidad de las participaciones preferentes como recursos propios".

Que, por su parte, la Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 no califica la participación preferente como instrumento de deuda, sino como instrumento de capital híbrido al que se ha de aplicar el mismo tratamiento contable y financiero que reciben los recursos propios de la entidad de crédito emisora, de ahí que una primera aproximación a esta figura nos lleva a definirla como un producto financiero que presenta altos niveles de riesgo y complejidad en su estructura y condiciones, como así se reconoce en la exposición de motivos del RDL 24/2012 de reestructuración y resolución de entidades de crédito.

En la misma línea el Banco de España las define como un instrumento financiero emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija (condicionada a la obtención de beneficios) y cuya duración es perpetua, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor".

Que según la SAP de Castellón de 30 marzo de 2012 "Ha de tenerse en cuenta que nos encontramos ante un contrato de extrema complejidad, y que poniéndolo en relación con la información que el banco ha de transmitir al cuente respecto a los productos y servicios que le ofrece, se añade que 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 a 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 ya documentación contractual exigible. En este sentido es obligada la cita del artículo 48.2 de la LDIEC 26/1988 de 29 de julio y su desarrollo, pero la que real y efectivamente conviene al caso es la de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores al venir considerada por el Banco de España y la CMV incursa la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras, (artículo 2 LMC)). Este desarrollo ha sido tanto más exhaustivo con el discurrir del tiempo y así si el artículo 79 de la LMV 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 cuente como propios (letras I.A. y I.C.), el RD 629/1993 (vigente en el momento de la firma de los contratos litigiosos) concretó, aún más, desarrollando en su anexo, un código de conducta presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (artículo 4 del Anexo 1), como frente al cliente (artículo 5), proporcionándose toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva" (artículo 5.3) (...)".





QUINTO. Que, en relación con la falta de legitimación pasiva material que se manifiesta en el escrito de contestación a la demanda, la misma se funda en que Bankpyme no fue la vendedora del producto si no que se limitó a intermediar en el mercado ejecutando una orden de compra del cliente.

Que como se pone de manifiesto en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alava, sec. 1^a, de 22-6-2011 " Con arreglo al contenido del artículo 10 de la LEC tienen la consideración de partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. En relación con la cuestión relativa a la legitimación en la causa, es de destacar la reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, de la que es una muestra la STS de 28 febrero 2002, "la legitimación "ad causam" consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte; se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión".

En esa misma Sentencia, y en un asunto similar se refleja que " Cualquier entidad financiera tiene la obligación de asesorar al cliente de los contratos que va a realizar y del producto que va a adquirir. Existe la obligación esencial y permanente durante toda la relación entre el Banco y el cliente de transparencia y diligencia, lo que obliga a la entidad a garantizar la comprensión del producto que adquiere el cliente y a mantenerle informado durante todo el tiempo que permanece en la entidad".

Que, por su parte, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 4^a, de 13-11-2012 se expone que "las participaciones preferentes son productos complejos, que no cabe calificar como obligaciones de renta fija, de alto riesgo, poca liquidez, de carácter perpetuo, cuya contratación por clientes o inversores minoristas es objeto una específica protección por la normativa sectorial, que ya se configuraba en el Real Decreto 629/1.993, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios al imponer a las entidades de intermediación en la contratación de valores un código de conducta "atendiendo en todo caso al interés de los inversores" (art. 2.1), código incluido como anexo en dicho RD, cuyo artículo 1 imponía a dichas entidades el deber de actuar "en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos...", imponiéndoles un deber de identificación correcta del perfil del cliente, en particular su experiencia inversora, estableciendo, por último, en el artículo 5 de dicho Código de Conducta unos estrictos deberes de información al cliente, información que debía ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación pudiere conllevar, especialmente en los productos de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata, ofreciendo y suministrando además a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevantes para la adopción por ellos de decisiones de inversión, debiendo dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos.

La falta de cumplimiento del citado deber de información por parte de la entidad de intermediación en la contratación de los correspondientes productos financieros para sus clientes, supone una conculcación por su parte del deber que le alcanza, por razón del contrato mercantil de comisión bursátil que le vincula con sus citados clientes (artículo 244 del Código de Comercio), de actuar con la diligencia y lealtad que se exigen a quien efectúa, como labor profesional y remunerada, una gestión en interés y por cuenta de tercero, en el marco de las normas de la Ley del mercado de valores, establecidas para regular la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en los citados mercados, y, por ello, muy especialmente observar las "normas de conducta" que disciplinan su actuación, entre las que destacan, como ya se ha señalado anteriormente, dentro del deber de diligencia, las de asegurarse que disponen





de toda la información necesaria para sus clientes, manteniéndoles siempre informados y la de cuidar de los intereses de los mismos, como si fueran propios, incumplimiento contractual que origina en la entidad comisionista el deber de responder de los daños y perjuicios causados a los inversores por la mala inversión llevada a cabo por ellos (Sentencia de la Sala 1^a del Tribunal Supremo, de 20 de enero de 2.003)".

Que sobre la falta de legitimación pasiva ad causam expone la Sentencia de

la Audiencia Provincial de Álava, sec. 1^a, de 4 de mayo de 2016, nº 152/2016, rec. 219/2016 " Caixabank sostiene en primer lugar falta de legitimación pasiva ad causam. Considera que actuó como mero intermediario, que los importes de la adquisición se entregaron a Eroski, emisora de las aportaciones financieras subordinadas adquiridas, y que por lo tanto no puede ser condenada restituir un importe que nunca recibió. Esta última afirmación no puede aceptarse porque con independencia del destino que le diera, es la documental aportada por la apelante, en concreto los docs. nº 2 y ss de la contestación a la demanda, folios 49 y ss de los autos, la que permite apreciar que se abonó la inversión a La Caixa, con independencia de que luego ésta entidad entregara al emisor tal importe.

Sobre esta cuestión hemos dicho en la SAP Álava, Secc. 1^a, 13 octubre 2014, rec. 247/2014, que " Esa operación no es una simple comisión o mandato de adquisición de un producto de inversión. Es una operación más amplia, en la que, por un lado, se produce un asesoramiento de la entidad que coopera de modo activo a que la adquisición pueda realizarse. Por otro, supone la inversión de la cantidad que la Caja libera sin coste para el cliente en la adquisición cuestionada. Finalmente, adosa un conjunto de obligaciones plurales, depósito y administración, a cambio de precio. Es decir, una operación de asesoramiento, inversión, mandato o comisión, depósito y administración, complejo contractual de trato sucesivo que se perfecciona el 29 de junio de 2007, pero que ha mantenido vinculadas las partes, obligando a prestaciones en el tiempo como el depósito y administración, o el abono de los gastos, y que mantiene el vínculo contractual hasta que en 2013 el cliente decide abandonar la entidad ".

Del mismo modo lo hemos nos hemos pronunciado en infinidad de ocasiones, en SAP Álava, Secc. 1^a, 19 marzo 2014, rec. 40/2014, 1 septiembre 2014, rec. 182/2014, 10 octubre 2013, rec. 336/2013, 13 octubre 2014, rec. 247/2014, 3 diciembre 2014, rec. 371/2014, 30 diciembre 2014, rec. 323/2014, 29 enero 2015, rec. 440/2014, 25 febrero 2015, rec. 457/2014, 27 febrero 2015, rec. 71/2015, 30 marzo 2015, rec. 62/215, 20 abril 2015, rec. 31/2015, 13 mayo 2015, rec. 107/2015, 14 mayo 2015, rec. 123/2015, 18 mayo 2015, rec. 117/2015, 21 mayo 2015, rec. 131/2015, 25 mayo 2015, rec. 160/2015, 26 mayo 2015, rec. 21/2015, 1 junio 2015, rec. 168/2015, 3 junio 2015, rec. 188/2015, 12 junio 2015, rec. 207/2015, 18 junio 2015, rec. 196/2015, 20 junio 2015, rec. 141/2015, 26 junio 2015, rec. 141/2015, 14 julio 2015, rec. 259/2015, 31 julio 2015, rec. 252/2015, 3 septiembre 2015, rec. 344/2015, 30 septiembre 2015, rec. 398/2015, 15 octubre 2015, rec. 338/2015, 22 octubre 2015, rec. 442/2015, 9 noviembre 2015, rec. 513/2015, 30 noviembre 2015, rec. 468/2015, 18 enero 2016, rec. 580/2015, 27 enero 2016, rec. 641/2015, 28 enero 2016, rec. 638/2015, 12 febrero 2016, rec. 1/2016, 16 marzo 2016, rec. 117/2016, 31 marzo 2016, rec. 96/2016, 21 abril 2016, rec. 142/2016, 26 abril 2016, rec. 135/2016, entre otras.

Cuanta doctrina de juzgados y audiencias cita el recurrente queda desmentida no solo por las resoluciones citadas, sino porque la jurisprudencia lo ha aclarado, como acertadamente expone la sentencia apelada. En efecto, nuestro Tribunal Supremo ha admitido la legitimación pasiva de la entidad bancaria para responder por el error que pudiera haber habido en la relación que condujo a sus clientes a la adquisición, después del asesoramiento, de Aportaciones Financieras Subordinadas, mediante un mandato que tras concretarse, añade el depósito de las mismas y su administración. Así lo





entiendo las STS 30 diciembre 2014, rec. 1674/12, en el caso del banco islandés Landsbanki, la STS de 10 de septiembre de 2014, rec. 2162/11 (EDJ 2014/191439), en productos de Lehman Brothers y el banco islandés Kaupthing, y las STS 12 enero 2015, rec. 2290/2012 , en el supuesto de un seguro de vida "unit linked".

En el caso que nos ocupa, la adquisición de preferentes o aportaciones financieras subordinadas, ratifica lo anterior la doctrina recogida ATS 15 julio 2015, rec. 1533/2014 , en el que BBVA vende unas Aportaciones Financieras Subordinadas de Eroski, o el ATS 15 julio 2015, rec. 1272/2014 por la venta de Caja Laboral Popular del mismo producto, en los que se admite recurso de casación frente a resoluciones de esta Audiencia que sostienen, como ha hecho la sentencia de instancia, la legitimación pasiva de la entidad bancaria para responder frente a los clientes con independencia de la relación de tales recurrentes con el emisor de esos productos".

Y la Sentencia de la AP de Baleares, sec. 3^a, de 15 de abril de 2016, nº 98/2016, rec. 505/201 – recoge que “Sobre la legitimación pasiva de la entidad comercializadora este tribunal este tribunal en sentencia de 17 de julio de 2013 en un caso similar al presente ya señaló: “Dicha orden de compra no puede desligarse de la restante documental aportada junto con la demanda, esto es, el contrato de depósito y administración de valores suscrito por las partes litigantes en fecha 7 de julio de 2008- documental de los folios 92 y siguientes- y el contrato de apertura de cuenta de inversión- documental de los folios 97 y siguientes- suscrito por las mismas partes y en la misma fecha, que comportan, como se estudiará más adelante, un deber de asesoramiento, pero es que, como ya tuvo ocasión de señalar este Tribunal en su sentencia de 13 de noviembre de 2012, incluso hallándonos ante una operación de comercialización de producto y no de asesoramiento, la entidad, demandada hoy apelante queda obligada a prestar información con arreglo a lo establecido en el artículo 79.7 de la Ley de Mercado de Valores, por lo que resulta incuestionable que dichas entidades financieras, obligadas a dar esa información, están legitimadas pasivamente en las acciones como la presente en que se reclama, precisamente, por la inexistencia de esa información o asesoramiento”. En los mismos términos pueden citarse las sentencias de 17 de octubre de 2013 y 17 de marzo de 2015”, mientras que según la Sentencia de la AP de Castellón, sec. 3^a, de 16 de diciembre de 2015, nº 342/2015, rec. 522/2015 “ el hecho que la demandada no fuera la emisora de los valores negociados no incide en su legitimación al movernos en el ámbito de la intermediación, como la misma no desconoce dadas sus alegaciones en consonancia por otro lado con lo que viene a combatirse realmente en la demanda y doctrina invocada en apoyo de la misma. En este sentido, podemos citar la Sentencia de esta Sala de fecha 23 de enero de 2014 (a propósito precisamente de la alegación por Bankpyme de una falta de legitimación pasiva sobre la base de haber actuado como mediadora). - No entendemos por ello que se esté contradiciendo la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de enero de 2015, máxime cuando la misma contempla un supuesto bien diverso, de igual forma que lo es el fundamento de la legitimación pasiva apreciada y a la que no es ajena incluso el hecho que el error vicio del consentimiento dilucidado en la misma viniera motivado por la propia actuación de la entidad bancaria a la que se atribuye definitivamente aquella”.

SEXTO. Que considera la parte actora que la demandada está obligada a abonar la indemnización por daños y perjuicios derivados de la actuación que se imputa a la demandada, conforme al artículo 1.101 del Código Civil, exigiendo el éxito de su pretensión que se acredite la existencia de un incumplimiento contractual imputable a la demandada y que, probado éste, se evidencie que de dicho incumplimiento se ha derivado el perjuicio reclamado por el actor, siendo necesario para la aplicación de los citados preceptos, y en el ámbito de la responsabilidad contractual en que nos





encontramos, los siguientes presupuestos: existencia de una previa obligación, que la actuación del profesional contratado haya incurrido en el reproche de negligencia o falta de diligencia, la realidad de los perjuicios ocasionados a la otra parte y el nexo causal eficiente entre aquella conducta y el quebranto patrimonial producido, debiendo además la parte actora, que alega una actuación negligente del contrario, acreditar la misma, probando en definitiva las omisiones o acciones que convierten la actuación del mismo en negligente, constituyendo reiterada doctrina jurisprudencial "que la imputación de responsabilidad no se puede basar en meras hipótesis o conjeturas, sino que es imprescindible que se determinen claramente el cómo y el porqué del resultado dañoso".

Que, como señala la Sentencia de la AP de Pontevedra de 7 de abril de 2010: "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 a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para 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 concreta responden a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquello a lo que se obliga y de lo que va a recibir a cambio. Si ello debe ser así al tiempo de celebrar cualquier tipo de contrato, con mayor razón si cabe ha de serlo en el ámbito de la contratación bancaria y con las entidades financieras en general, que ha venido mereciendo durante los últimos años una especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación que tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño por dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica".

Como indica la SAP de Asturias, sección 7, de 25 de Julio del 2011 "La Sentencia del TS de 11 de julio de 1998 manifiesta que: "...La Ley de Mercado de Valores contiene una serie de normas de conducta de las Sociedades y Agencias de Valores presididas por la obligación de dar absoluta prioridad al interés del cliente (Art. 79), Sentencia que igualmente, con cita de la Sentencia del TS de 27 de enero de 2003 , declara que: "...la entidad efectúa, como labor profesional y remunerada, una gestión en interés y por cuenta de tercero, en el marco de las normas de la Ley de mercado de valores, establecidas para regular la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en dichos mercados, y, por ello, muy especialmente observar las "normas de conducta" (Título VII) que disciplinan su actuación, entre las que destacan, dentro del deber de diligencia, las de asegurarse que disponen de toda la información necesaria para sus clientes, manteniéndoles siempre adecuadamente informados y la de cuidar de los intereses de sus clientes, como si fueran propios, todo ello potenciado por un exquisito deber de lealtad.

SEPTIMO. Que enlazando con esta última cuestión relativa a la obligación de la entidad bancaria demandada, en este caso, de informar debidamente al cliente, es cierto que en el contexto del tráfico de productos financieros, como recuerda la STS 14-11-2005, se exige un plus de información y de diligencia a la entidad financiera que comercializa aquéllos, y a concretar esa diligencia del oferente existe un importante núcleo legislativo que recoge los parámetros de actuación de las comercializadoras de tales contratos bancarios, financieros o bursátiles, evolución legislativa que arranca con el R.D. 629/1993, de 3 de mayo sobre normas de actuación en el mercado de valores, hoy derogado por R.D. 217/08, de 11 noviembre, pero aplicable a la adquisición de las participaciones preferentes, que tuvieron lugar entre el mes de junio de 2005 y el mes





de diciembre de 2006.

Que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios en su artículo 4 establecía que "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", y a su vez el artículo 5 disponía que "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 recomendaciones".

Que en esta línea, 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 su artículo 78 a las Sociedades y Agencias de Valores y, en general, a cuantas personas o entidades ejerzan actividades relacionadas con los mercados de valores, de respetar las normas de conducta contenidas en el presente título, así como los códigos de conducta que, en su desarrollo 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 el artículo 79 establecía que "Toda persona o entidad que actúe en un mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberá dar absoluta prioridad al interés de su cliente", lo cual no acredita la demandada que se hiciera en el caso de autos.

Es evidente, por tanto, que debía la entidad demandada no solamente realizar un estudio del perfil de los clientes para poder valorar que el producto que se les ofertaba era adecuado al mismo, sino también proporcionar a los clientes, de manera comprensible, información adecuada sobre el producto ofertado, sus características y riesgos de modo que les permitiera, en lo posible, comprender la naturaleza y los riesgos del tipo específico de producto financiero que se ofrece y, por consiguiente, poder tomar la decisión de la contratación con un conocimiento fundado de causa, lo cual no se hizo en el caso de autos respecto de la actora a la vista la prueba practicada.

En efecto, de la prueba documental y testifical desarrollada no consta siquiera la orden de compra de la primera de las adquisiciones que realizó el demandante, y en cuanto a la segunda y tercera compra, respecto de las que sí que figuran las órdenes de compra, las mismas son absolutamente escuetas y no se da absolutamente ninguna información acerca de la naturaleza y los riesgos del producto adquirido, explicando el testigo Sr. Zuriaga que se explicaba quién era el emisor, el cupón, el rating y el primer vencimiento y que ésta era la información que se les facilitaba desde la central, sin que en ese





momento se percibiera que fuera un producto de riesgo, haciéndose entrega de un extracto de posición trimestral con el valor de la inversión, no siendo en ese momento un producto especulativo sino de ahorro a largo plazo, explicándose que para recuperar el dinero debía hacerse en un mercado en el que en ese momento se llevaba a cabo sin mayores problemas, entregándose al momento de la compra extracto de esta, sin que se hiciera entrega de folleto de la emisión ya que ni siquiera los empleados disponían del mismo y sin que el testigo lo hubiera visto en ninguna ocasión, y que en ese momento la percepción de perdida no era como en la actualidad, no recordando si se había informado al cliente de la posibilidad de la pérdida de capital, siendo evidente por tanto que si los propios empleados no eran conscientes del riesgo implícito que el producto conllevaba, mal podían informar a los clientes de los riesgos del mismo.

Que de la prueba practicada se desprende la falta de información en condiciones suficientes y adecuadas para que pudiera obtenerse por parte del demandante un cabal y acabado conocimiento del instrumento que se estaba adquiriendo y, en especial, de los riesgos que incorporaba su compra, resultando por otra parte irrelevante que se hubieran adquirido por el demandante acciones o realizado otro tipo de inversiones acerca de las cuales, y a pesar del documento número seis aportado con el escrito de contestación tampoco se ofrecen más detalles sobre las mismas, pues como recuerda la STS de 4 de abril de 2017 en relación a un supuesto de nulidad por error en el consentimiento "Esta sala tiene declarado, entre otras, en sentencia 67/2017, de 2 febrero, que «en cuanto al posible conocimiento previo del producto por parte del cliente, aparte de que se olvida que el deber de información compete a la entidad financiera y es un deber activo, no de mera disponibilidad, la contratación anterior de otro producto similar, sin que conste que en su momento se ofreciera al cliente información suficiente y adecuada, no permite descartar la existencia de error en el consentimiento».

Que como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "(I)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).

Que en el caso de autos, y a la vista de la prueba practicada se considera que se llevó a cabo un verdadero servicio de asesoramiento financiero, pues el producto se aconsejó aprovechando la relación de confianza que existía con el cliente, sin que se realizará valoración acerca de la conveniencia del producto en relación al mismo, manifestando el





testigo Sr. que se le daba información de los productos pero que el cliente tenía confianza en la entidad y priorizaba la seguridad y que aunque su objetivo fuera rentabilizar su dinero ello se buscaba sin arriesgar excesivamente el mismo, y a la vista de las explicaciones que el testigo manifestó que trasladó al demandante se considera acreditado claramente que no se explicaron los riesgos que podían derivarse de su adquisición, tales como la pérdida del capital invertido, y por tanto incumplida esa obligación esencial por parte de la entidad demandada de informar al demandante sobre las características y riesgos del producto, resulta procedente la resolución contractual articulada en la demanda.

Que como expone a su vez la Sentencia antes mencionada de la Audiencia Provincial de Álava, sec. 1^a, de 4 de mayo de 2016, nº 152/2016, rec. 219/2016 " La Caixa sostiene que la prueba no se ha valorado correctamente en lo que atañe al perfil de los clientes. Mantiene que no es cierto que éstos realizaran exclusivamente inversiones seguras, sin demasiado riesgo, propias de un perfil conservador. Asegura que habían adquirido deuda subordinada de varias entidades, acciones, fondos de inversión y por importes que alcanzan hasta 269.738,89 euros, datos de los que concluye que el perfil de los clientes no era el pretendido por la sentencia.

Pues bien, quien comercializa esta clase de productos, está obligado a realizar un esfuerzo explicativo a sus clientes, que deriva tanto de las exigencias de buena fe como de la normativa del sector. La exigencia de buena fe dimana del art. 7 CCv, se reforzada en sede contractual en el art. 1258 CCv, y se acentúa en el sector bancario en el RD 629/1993, de 3 de mayo, vigente al hacerse la primera suscripción, que desarrollaba la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores , cuyo art. 5.1 del anexo I decía " 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 ". El apartado 5.2 añadía que " 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 ". Y finalmente el apartado 5.3 establecía la obligación de informar a la clientela de forma clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación, y en particular, " hacer hincapié en los riesgos que cada operación conlleva ". Esa información, con la intensidad y claridad que exige la norma citada, con especial explicación de los riesgos, se exige se realice por el profesional, y no consta que se existiera.

No consta que esta información se hubiera facilitado a los clientes. Éstos disponen de algún patrimonio, pero la sentencia recurrida asegura que el importe de las inversiones rondan los 120.000, no lo alegado y no probado por la apelante. Ese sólo dato no les convierte en avezados inversores. Los productos que se habían adquirido anteriormente, como acciones o fondos de inversión, no merecen la consideración de complejos. Y la deuda subordinada que habían tomado era de otras entidades, sin que conste qué información se facilitó, qué operativa adoptaron y qué características reunían.... Aunque se comparte la pormenorizada valoración de la prueba que hace la sentencia recurrida, de ser cierto que el perfil no era conservador, la STS 22 diciembre 2015, rec. 2238/2012, explica que " Este estricto deber de información obliga a la entidad financiera, en este caso "Banco Santander", a realizar un juicio de idoneidad del producto, que incluye el contenido del juicio de conveniencia. Y a partir de ahí, suministrar al cliente una información comprensible y adecuada sobre el producto, que abarque una advertencia sobre los concretos riesgos que asume, y cerciorarse de que el cliente es capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto es el que más que le conviene. La contratación se produce antes de que se incorpore a nuestro derecho la Directiva





MiFID 2004/39/ CE (Markets in Financial Instruments Directive). Pero estaba vigente el RD 629/1993, de 3 de mayo, que desarrollaba la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, cuyo art. 5.3 de su anexo I establecía la obligación de informar a la clientela de forma clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación, y en particular, " hacer hincapié en los riesgos que cada operación conlleva ". Ello al margen de por entonces ya se había publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, pues se hizo el 30 de abril de 2004, la Directiva MiFID, que obligaba a reforzar las obligaciones de información según el perfil del cliente, aunque no se incorpora hasta años después y tras la firma del contrato. Lo esencial es que el apelante debía hacer hincapié en los riesgos, circunstancia que no consta y que le correspondía acreditar".

Que, como señala a su vez la Sentencia de la Sección Diecinueve de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de mayo de 2011 "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 a 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 contractual exigible".

Que, como recoge la Sentencia de AP de Baleares, Sec 5^a de 2 de septiembre de 2011, "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 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).

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. Resulta, además, que en el caso no se ha probado que los actores sean personas expertas en temas bursátiles y a quienes además cabe considerarlos como consumidores y usuarios de los servicios bancarios por lo que resulta de aplicación toda la normativa protectora que al efecto se contempla en la LGDCU, es especial el artículo 2.1 que establece, con carácter general, que es un derecho básico del consumidor la información correcta sobre los diferentes productos o servicios. Y aun siendo cierto que toda operación de inversión comporta un riesgo, también lo es que la asunción de ese riesgo sólo puede admitirse si el cliente contaba con toda la información necesaria", lo cual no ha acreditado la demandada en modo alguno haber realizado.





Que se estima por todo ello en conclusión que existió por parte de la demandada un claro incumplimiento contractual sobre la base de la falta de información suficiente sobre las características de los productos adquiridos, y las consecuencias para la actora fueron muy relevantes, en cuanto suscribió unos productos distintos en sus rasgos y con riesgos que determinaron la pérdida de su valor, debiendo la entidad asumir todas las consecuencias que se derivan de aquel incumplimiento, que no son sino la consecuencia natural de aquella infracción contractual, por lo que debe en consecuencia condenarse a la demandada a devolver a la parte actora la suma reclamada de 54.955,50 euros, más los gastos de custodia vinculados a estos valores, que según certificado aportado por la demandada a instancias de la parte actora y admitido en el acto de la audiencia previa ascendieron a 93,52 euros, todo ello minorado en los rendimientos percibidos por la parte demandante que ascendieron, según el mismo certificado y el documento siete de la contestación, a la suma de 7.187,54 euros.

OCATVO. Que respecto a las costas procesales, se impondrán a la parte demandada (art.394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que, ESTIMANDO la demanda de juicio ordinario interpuesta por el Procurador Sr.Moratal Sendra en nombre y representación de la en defensa e interés de su asociado Don , DEBO DECLARAR Y DECLARO el incumplimiento por parte de Bankpyme SA, en la actualidad Caixabank SA, de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta de las participaciones preferentes objeto de este procedimiento, así como la resolución de los contratos no vencidos de fechas 29 de junio de 2005, 4 de julio de 2005 y 5 de diciembre de 2006, y DEBO CONDENAR Y CONDENO A CAIXABANK SA a abonar a Don Daniel Pablo Comeche la suma de CINCUENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO EUROS CON CINCUENTA CENTIMOS (54.955,50 euros) , más los gastos de custodia vinculados a estos valores y que ascendieron a 93,52 euros, con los intereses legales desde la interposición de la demanda, debiendo minorarse a todo ello los importes recibidos en concepto de rendimientos por el Sr.Pablo Comeche y que ascendieron a la cantidad de 7.187,54 euros, con los intereses de dicha cantidad devengados desde la fecha de la interposición de la demanda, condenando a la parte demandada al pago de las costas causadas.

Frente a esta sentencia podrá interponerse recurso de apelación ante la Excmo.Audiencia Provincial de Barcelona en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación a las partes.

De conformidad con la Disposición Adicional Décimo Quinta de la LOPJ, para la interposición del recurso de apelación deberá constituirse depósito por la suma de 50 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado.





Que, de acuerdo con el Decreto Ley 1 /2014 de 3 de junio de la Generalitat de Catalunya, que modifica la Ley de Tasas y Precios públicos de la Generalitat de Catalunya, para la interposición del recurso de apelación, deberá abonarse la correspondiente tasa.

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

La Magistrada

PUBLICACIÓN.

La anterior sentencia ha sido publicada por la Sra.Magistrada-Juez que la dictó estando celebrando en Audiencia Pública en el dia de la fecha,doy fe.

