



títulos de Fergo Aisa de agosto de 2006 y de 20 de Febrero de 2008, condenando a la demandada “como consecuencia de dichos incumplimientos, al pago en concepto de daños y perjuicios, de tal modo que la restitución a favor de la Sra _____ deberá consistir en el importe de la inversión más los intereses legales desde la reclamación judicial minorado por los cupones y dividendos recibidos y sus intereses, con restitución de los títulos a Caixabank”, y con expresa condena en costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- Admitida la demanda a trámite mediante decreto de 12 de Septiembre de 2016, se emplazó a la demandada a fin de que, en el plazo de veinte días hábiles, compareciese en autos asistida de Abogado y representada por Procurador, y contestara a aquella.

El diecisésis de Noviembre de dos mil diecisésis compareció en autos el Procurador de los Tribunales D. Javier Segura Zariquey, en nombre y representación de “BANKIA, S.A.”, oponiéndose a la demanda y, tras exponer los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó necesarios, terminó solicitando se dictase sentencia desestimando íntegramente las pretensiones interpuestas de contrario, con imposición a la actora de las costas causadas.

TERCERO.- Convocadas las partes a la audiencia previa que prevé el artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, comparecieron ambas, subsistiendo la controversia entre ellas. Resueltas las excepciones procesales, las partes realizaron alegaciones aclaratorias o complementarias y se fijaron los hechos controvertidos. La actora solicitó como prueba la documental aportada junto con el escrito de demanda, la aportada en el propio acto y las testificiales de D. _____, D^a _____ y D^a Fernández. La demandada propuso como medios de prueba la documental aportada en su escrito de contestación, la aportada en dicho acto como más documental I y los requerimientos a la actora propuestos como más documental II y III. Admitida la prueba propuesta por ambas partes, se señaló día y hora para la celebración del acto del juicio.

CUARTO.- El día señalado para la celebración de la vista comparecieron ambas partes debidamente asistidas y representadas. La parte actora renunció con carácter previo a la práctica de los interrogatorios de los dos empleados de la entidad demandada propuestos en la audiencia previa. Practicada el resto de prueba admitida, ambas partes formularon oralmente sus conclusiones, quedando el pleito visto para sentencia.

QUINTO.- Esta resolución ha sido dictada a partir del borrador realizado por el Juez en prácticas D. Carlos Herrera Moreno y tras su revisión, corrección y modificación por el titular de este Juzgado.

SEXTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.





FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Legitimación activa

La parte demandada, en su escrito de contestación, comienza oponiendo la falta de legitimación activa de (en adelante,), alegando que la legitimación que el artículo 11 de la LEC atribuye a las asociaciones de consumidores y usuarios lo es únicamente para representar a grupos de consumidores o para la defensa de los intereses colectivos y difusos de estos, pero no para la defensa de los intereses individuales de un consumidor en particular, como ocurre en el presente supuesto.

Dicha conclusión, no obstante, no puede en modo alguno ser asumida a la vista del tenor literal del artículo 11.1 de la LEC que establece que “*Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación[...]*”. Por tanto, si la Sra. es, como se afirma en la demanda, asociada de , esta tiene conforme a la LEC plena legitimación para la defensa de sus intereses particulares como consumidora. Bien es cierto que la acción que se ejercita es la de resolución por incumplimiento, en base al artículo 1.124 del Código Civil; pero también lo es que las órdenes de compra cuya resolución se pretende son contratos celebrados entre una consumidora (la Sra.) y un empresario (Bankpyme), y que la pretensión de la actora se funda en el incumplimiento de los deberes de información y buena fe del empresario. Por tanto, la acción ejercitada entra dentro del ámbito de protección de los derechos de los consumidores y usuarios que es propio de la asociación demandante.

Por otro lado, si bien en su escrito de contestación a la demanda “Caixabank” no cuestionaba la condición de la Sra. como asociada de , introdujo dicha cuestión en el acto del Audiencia Previa, pidiendo que la asociación acreditase que aquella se encontraba al corriente de pago de las cuotas de la asociación. De la documentación aportada tras el oportuno requerimiento, se desprende efectivamente que el pago de las cuotas correspondientes a los años 2016 y 2017 se realizó con posterioridad a la celebración del acto de la Audiencia Previa.

No obstante, en contra de lo afirmado por el letrado de la parte demandada en el trámite de conclusiones, de la lectura de los estatutos de la asociación, aportados por a requerimiento de la demandada, no se aprecia la existencia de previsión alguna de expulsión automática de los asociados que no se encuentren al corriente de pago de las cuotas de la asociación. Más bien al contrario, del artículo 15 se desprende que “...se entenderán admitidos sin acuerdo especial desde el día 1 de cada mes los que lo hayan solicitado en cualquiera de los días del mes precedente”, mientras que el artículo 18 prevé que para la baja será necesario un “incumplimiento reiterado de los deberes de socio”, que “dará lugar a que la Junta Directiva considere la necesidad de la baja temporal. En todo caso, dicha acción será puesta en conocimiento de la Asamblea General quien, en definitiva, tomará el acuerdo que se considere oportuno, previa audiencia del socio afectado”.





En consecuencia, habiendo solicitado la Sra. su inscripción como asociada el día 6 de Junio de 2016 mediante el documento aportado como número 4 de la demanda, era ya asociada de a la fecha de presentación de la demanda, sin que el incumplimiento del deber de pago de las correspondientes cuotas sea causa automática de baja, y sin que conste que el oportuno acuerdo de baja temporal o definitiva haya sido adoptado ni por la Junta Directiva ni por la Asamblea General de dicha asociación.

Por tanto, se encuentra activamente legitimado para ejercitarse en el presente procedimiento la acción planteada en nombre de D^a

SEGUNDO.- Legitimación pasiva

En segundo lugar, "Caixabank, S.A" opone a la acción ejercitada su falta de legitimación pasiva, alegando que los contratos cuya resolución se pretende son contratos de trato único, consumados con anterioridad a la operación de compraventa de negocio por la que la demandada sucedió a Bankpyme, en la que expresamente se excluyó la transmisión de "los pasivos contingentes tales como reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes o futuras que puedan derivarse de la actividad del Vendedor pasada o futura". Alega además que Bankpyme intervino en el contrato como un mero intermediario, pero no fue el vendedor de los productos financieros y por tanto ni siquiera a Bankpyme se podría exigir responsabilidad por el cumplimiento de un contrato en el que no fue parte.

Esta cuestión ha sido definitivamente resuelta por el Tribunal Supremo en Sentencia 652/2017, de 29 de Noviembre. En ella, el Alto Tribunal da respuesta a las alegaciones de "Caixabank" señalando que "*La cláusula en la que Caixabank funda su argumentación no supone, como pretende, la exclusión de algunos pasivos en la transmisión del negocio bancario, o la exclusión de algunos contratos en la cesión de contratos efectuada por Bankpyme a Caixabank, exclusión de contratos que, por otra parte, era incompatible con la transmisión del negocio bancario como unidad económica. Lo que en realidad se pretendía con esa cláusula era transmitir a Caixabank el negocio bancario de Bankpyme, ceder a Caixabank los contratos celebrados por Bankpyme con sus clientes en el marco de dicho negocio, pero sin que Caixabank asumiera responsabilidad alguna frente a los clientes cedidos. Y se pretendía hacerlo sin ponerlo en conocimiento de los clientes «cedidos» ni contar con su aquiescencia*". Añade a continuación que "*Una interpretación de esta cláusula como la que sostiene Caixabank ha de considerarse fraudulenta, al intentar oponerla frente a terceros ajenos al contrato que celebró con Bankpyme, pues defrauda los legítimos derechos del cliente bancario a la protección de su posición contractual en un caso de transmisión del negocio bancario como unidad económica*". Y concluye "*De aceptarse la tesis de Caixabank se llegaría al absurdo de que, aun cuando la transmisión del negocio bancario fue global, algunas relaciones jurídicas con algunos clientes que pasaron a ser de Caixabank, retornarían a Bankpyme por el solo hecho de resultar conflictivas o inconvenientes para Caixabank, y ello en virtud de una cláusula oculta para esos mismos clientes y pese a haber dejado de operar Bankpyme en el negocio bancario. Por ello, frente a estos clientes, carece de eficacia la previsión de que*





no resultan transmitidos los «pasivos contingentes» consistentes en «reclamaciones contractuales [...] futuras que puedan derivarse de la actividad del vendedor [...].».

Este juzgador acoge en su integridad los anteriores argumentos, que resultan plenamente aplicables al presente supuesto de hecho, el cual guarda una identidad plena con el enjuiciado por el Tribunal Supremo.

En relación con el segundo de los argumentos aducidos por "Caixabank", la meritada sentencia establece que "*cuando el demandante solo mantiene la relación contractual con la empresa de inversión de la que es cliente, en este caso un banco, y adquiere un producto de inversión que tal empresa comercializa, el negocio no funciona realmente como una intermediación por parte de la empresa de inversión entre el cliente comprador y el emisor del producto de inversión o el anterior titular que transmite, sino como una compraventa entre la empresa de inversión y su cliente, que tiene por objeto un producto que la empresa de inversión se encarga de obtener directamente del emisor o de un anterior titular y, al transmitirla a su cliente, obtiene un beneficio que se asemeja más al margen del distribuidor que a la comisión del agente[...]. En estas circunstancias, ha de reconocerse legitimación pasiva a la empresa de inversión que comercializa el producto de inversión, en este caso un banco, para soportar la acción de nulidad del contrato por el que el cliente obtuvo el producto y, en caso de condena, debe restituir al cliente la prestación consistente en el precio que este pagó por la adquisición del producto*".

Es decir, no puede la demandada ampararse en esa supuesta intervención como mero intermediario en el contrato para eludir su responsabilidad frente al cliente, en especial teniendo en cuenta que la acción ejercitada se funda en un incumplimiento de las obligaciones de información precontractual y de recompra de los títulos que correspondían en exclusiva a Bankpyme (hoy Caixabank).

TERCERO.- Características de los productos y normativa aplicable

Con carácter previo a la resolución de la acción ejercitada, ha de delimitarse la naturaleza y sustento legislativo de los productos contratados, a fin de determinar los requisitos de la información precontractual que la entidad demandada estaba obligada a facilitar a los adquirentes.

Nos referimos en primer lugar a los llamados títulos "COMMERZBANK 11% DEUSTC BK 7/08" y "COMMERZBANK 13,07% GAS NA 5/08", adquiridos el 25 de Septiembre y el 29 de Noviembre de 2007 respectivamente. Los mismos, por sus características, entran dentro de la categoría de los llamados "productos estructurados con valor subyacente". Este producto se caracteriza por la ausencia de garantía del capital invertido ya que la rentabilidad del bono viene condicionada por la evolución de las acciones que constituyen el valor subyacente, fijándose como precio inicial los de cotización de dichas acciones en la fecha de inicio de contratación del producto; y a partir de ahí se van fijando fechas de observación para cada uno los valores subyacentes,





procediéndose a comparar la cotización inicial con la alcanzada en las diversas fechas; llegada la última fecha de observación y siempre que no se haya dado la autocancelación previa, si la cotización de las acciones subyacentes no desciende por debajo de un determinado límite, el capital se recupera íntegramente y se percibe la rentabilidad pactada. Si la acción que sirve de valor subyacente se encuentra por debajo de dicho límite a la fecha de vencimiento, el cliente obtendrá la rentabilidad pactada pero adquirirá, de forma obligatoria, un número de las acciones subyacentes previamente establecido, a cambio del capital invertido. En definitiva, nos encontramos ante un producto extremadamente complejo, de riesgo y en modo alguno idóneo para personas no avezadas en el mundo financiero. Dicha calificación, que se desprende fácilmente a partir de un análisis de las características básicas del producto, se ve confirmado por el actual artículo 217 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. Dicho precepto, en su apartado 3, señala que en ningún caso podrán considerarse como productos no complejos “*los valores que den derecho a adquirir o a vender otros valores negociables o que den lugar a su liquidación en efectivo, determinada por referencia a valores negociables, divisas, tipos de interés o rendimientos, materias primas u otros índices o medidas*”; Es decir, los activos subyacentes que nos ocupan.

En cuanto a la normativa aplicable a tales productos, debe advertirse en primer lugar que a la fecha de su comercialización no se había aún en vigor la Directiva 2004/39/CE (Directiva MiFID). Nos remitimos en este sentido a lo dicho por la sección 16^a de la AP de Barcelona en Sentencia 226/2015, de 14 de mayo, en la que afirmaba que: “*Debe significarse que la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros (Directiva MiFID), si bien entró en vigor a partir del 1 de mayo de 2004, no exigía de los Estados miembros la plena aplicación de sus disposiciones hasta el 1 de noviembre de 2007 (la Directiva 2006/31/CE estableció ese plazo).*

España no cumplió escrupulosamente dicho plazo ya que la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, de reforma de la LMV, que traspuso al ordenamiento interno las disposiciones de la Directiva MIFID, no entró en vigor hasta el 21 de diciembre de ese año.

En conclusión, como bien subraya la sentencia recurrida, los productos comercializados antes del 1 de noviembre de 2007 se rigen por el contenido primitivo del artículo 79 LMV así como por el Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que establece las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios.

Los productos contratados entre el 1 de noviembre y el 21 de diciembre de 2007 quedan sujetas también a la normativa citada, habida cuenta que el efecto directo vertical de la directivas comunitarias sólo es predictable frente al poder público (en este caso, España) que incumple los plazos de transposición de la norma a su ordenamiento interno, no en las relaciones horizontales entre particulares.

Aparte de la sujeción de todos ellos a las reglas comunes de la Ley sobre condiciones generales de la contratación y, en el caso -como el presente- de que el cliente bancario actuase en calidad de consumidor, de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios”.

Debe recordarse en todo caso, a propósito de lo dicho, que el Real Decreto 629/93 sobre normas de actuación en el mercado de valores, con referencia a la Ley 24/1988, vigente en el momento de la comercialización, ya obligaba a las entidades a proporcionar





toda la información que pudiera ser relevante para que los clientes pudieran tomar una decisión sobre el producto a contratar, obligación que en todo caso se deriva igualmente del artículo 13 de la también hoy derogada Ley 26/ 1984 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigente a la fecha de los hechos y aplicable al presente contrato, al tener la demandante la condición de consumidora.

Por lo que se refiere a los bonos de Fergo Aisa, adquiridos el 20 de febrero de 2008, la Ilma. A.P de Barcelona ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente sobre su naturaleza jurídica. Así, por ejemplo, en Sentencia 369/2006 de 24 de Noviembre señalaba que "... los Bonos AISA, Bono Simple, son un título de renta fija emitido por una mercantil (AISA) para financiarse y ofrece a cambio pagos periódicos con interés fijo (cupones) conocidos de antemano por el inversor, con un vencimiento determinado, y que los Bonos simples son valores que representan una deuda para su Emisor, devengan intereses y son reembolsables por amortización anticipada o a vencimiento, salvo emisiones perpetuas. Esto es los Bonos son activos financieros de deuda emitidos por estados, entidades públicas o empresas privadas, con el fin de captar recursos financieros a corto, medio o largo plazo a cambio de proporcionar a los compradores de estos activos un interés, sea implícito o explícito, y a la devolución del dinero captado en la emisión. Ahora bien, frente a otros productos financieros que han sido objeto de litigios entre los últimos años, como los Swaps y las Acciones o Participaciones Preferentes, los bonos no son un producto financiero complejo, como sucede con las acciones de empresas que tampoco tienen este carácter. En el presente caso la propia tipificación contractual del bono era la de Bono Simple".

En la Sentencia 226/2015 antes mencionada, establece que "Por más que no complejo, 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". Dado que, en el caso de los bonos Aisa, la comercialización del producto tuvo lugar el 20 de Febrero de 2008, le son de aplicación los artículos 78 y siguientes de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores en su redacción vigente tras la reforma parcial operada por la Ley 47/2007, en vigor desde el 21 de Diciembre de 2007, y que regulan de forma exhaustiva los deberes de información a cargo de la prestadora de servicios financieros. En el caso de los Bonos de Fergo Aisa comercializados en Agosto de 2.006, también objeto del presente litigio, le resultará de aplicación la normativa anterior, conforme a lo ya expresado para los títulos "Commerzbank".

La problemática actual de estos títulos deriva del hecho de que un producto que, en su orígenes y concepción, tenía por destinatario un sector muy limitado de la población –personas o entidades titulares de holgados patrimonios, con conocimientos avanzados en materia de inversiones en los mercados de valores o asesoramiento profesional y afán de obtener un mayor rendimiento de dicho patrimonio asumiendo mayores riesgos, sea comercializado a pequeños ahorradores que carecen totalmente de los rasgos antes apuntados. Así, la realidad muestra que la comercialización de tan complejos productos financieros se ha generalizado ofreciéndose a personas con escasos o nulos conocimientos sobre los mismos y en los que la entidad bancaria no adopta una actitud prudente y pasiva, sino que los "coloca" a clientes a los que difícilmente les puede convenir a la vista





de circunstancias personales.

La descrita complejidad del producto (en el caso de los activos subyacentes) y su catalogación como producto de inversión de riesgo (en el caso de los bonos Aisa) supone que la entidad bancaria debe ser extremadamente diligente en la fase precontractual, tanto en la obtención de los datos de los clientes que sean necesarios para conocer si el producto financiero que les ofrece es idóneo como a la hora de facilitarles una información completa, precisa, comprensible y cierta, que les permita ser plenamente conscientes del contenido del contrato y de las consecuencias del mismo. Obligaciones que además se fundan en la distinta posición de las dos partes contratantes, dado que la entidad bancaria se encuentra en una clara superioridad respecto a la del cliente. La primera es conocedora del entorno financiero, de los caracteres del producto que oferta y, en el caso de los bonos Aisa, al tratarse ésta de una empresa perteneciente al mismo grupo que la comercializadora (Grup Agrupació Mutua), conoce la situación económica y financiera de la entidad, información a la que el cliente no tiene acceso por sí mismo.

La cambiante normativa que se encontraba vigente a la fecha de comercialización de los distintos productos financieros que dan pie al presente litigio, tiende en definitiva a un mismo fin: determinar la información que deben prestar las entidades de crédito a los clientes minoristas, debiendo comportarse con diligencia y transparencia. Dicha información debe ser imparcial, clara y no engañosa a fin de que permita comprender la naturaleza y riesgos del instrumento financiero que se ofrece, y sin la cual resulta imposible formar el consentimiento necesario para aceptar el producto que se ofrece por la entidad de crédito.

A ello hay que añadir que es además la entidad de crédito que comercializa el producto la que tiene la carga de probar que ha cumplido con los deberes de información necesarios a tenor de la legislación vigente, puesto que como afirmó el Tribunal Supremo en la Sentencia 102/2016 de 25 de febrero “*En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, 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 de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en las citadas sentencias núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y núm. 769/2014, de 12 de Enero, entre otras*”.

Si bien la anterior jurisprudencia alude a supuestos en que se ejercita la acción de anulabilidad por error en el consentimiento, sus conclusiones son también aplicables al presente litigio, pese a que la pretensión deducida sea diferente; se presume que un cliente minorista sin conocimientos financieros especiales desconoce, sin una información adecuada, las características y riesgos del producto que contrata.

CUARTO.- Incumplimiento de obligaciones. Deber de información y pacto de





recompra.

Partiendo de las anteriores premisas, pasamos a analizar la acción ejercitada en el presente caso, con la que como se decimos pretende la resolución de las órdenes de adquisición de los tres productos financieros antes analizados por incumplimiento contractual imputable a "Bankpyme" (hoy Caixabank).

En particular, y en lo que se refiere a los dos "activos subyacentes" contratados en el año 2.007, se pretende la resolución de sendos contratos por incumplimiento de la entidad bancaria de sus deberes de información precontractual.

Efectivamente, de la prueba practicada en el presente procedimiento resulta claro que se ha producido un flagrante incumplimiento de tales obligaciones por parte de la entidad financiera.

Así, debe indicarse en primer lugar que no se han aportado a las actuaciones por demandada elemento de prueba alguno que permitan concluir que la actora tenía, en el momento de contratar, los conocimientos financieros necesarios para determinar los riesgos que corrían al invertir sus ahorros en los activos subyacentes. Aporta a estos efectos, como bloque documental de número 4, prueba de la contratación por la actora de determinados productos de inversión; el primero de ellos, del año 2015, por lo que su idoneidad para valorar los conocimientos financieros de la demandante en 2006 es nula.

Muy al contrario, las manifestaciones realizadas por la hija de la actora, D^a , durante su interrogatorio en el acto del juicio ponen de manifiesto lo limitado de sus conocimientos financieros; su madre se había dedicado profesionalmente a la enseñanza, y en el momento en que adquirió los activos estaba jubilada y era viuda. Todo parece apuntar por tanto a que su perfil era el de una simple ahorradora con aversión al riesgo, con conocimientos financieros muy básicos e incapaz de comprender por sí misma, sin una explicación detallada y adaptada a sus circunstancias personales, el riesgo que asumía al contratar los títulos "COMMERZBANK".

En lo que se refiere propiamente a la información suministrada a la Sra. , y siendo la entidad bancaria, como antes se ha justificado, la que tiene obligación de acreditar que cumplió con sus obligaciones en la materia, la actividad probatoria practicada no puede llevar a concluir en ningún caso que se informase a la cliente de manera suficiente. De hecho, ni siquiera en su contestación a la demanda pretende probar que se suministrase tal información, verbal o escrita; se limita a afirmar que los productos financieros fueron contratados con Bankpyme y no con Caixabank, y que por tanto desconocen por completo las circunstancias de tal comercialización.

Lo cierto es que de las órdenes de compra de los títulos, aportados con la demanda como documentos número 9 y 10, sólo se puede deducir el número de títulos adquiridos,





su rentabilidad y fecha de vencimiento, y el cambio límite, pero ninguna referencia se hace al riesgo y a las complejas características del producto a las que anteriormente hemos aludido.

Tampoco se ha probado que se suministrase a la clienta información oral alguna sobre la naturaleza del producto que iba a contratar, ya que la parte actora renunció al interrogatorio de los dos empleados de la entidad comercializadora, y la demandada no ha propuesto el interrogatorio de la actora.

Por tanto, dada la ausencia de formación y experiencia inversora en productos de riesgo de la Sra. , el cumplimiento de la obligación de información que recaía sobre la entidad bancaria obligaba a informar con claridad de la posibilidad de canje del capital invertido por acciones si el valor subyacente bajaba de determinado límite, y ello aunque tal información sobre el riesgo propio del producto condujere a la cliente a desistir en la adquisición de los títulos y a acudir a productos de ahorro conservadores. Sostener la tesis contraria, esto es, que la entidad bancaria estaba en su perfecto derecho a ocultar la referida información, choca frontalmente con los deberes antes expuestos, quebranta el principio de buena fe en las relaciones contractuales, especialmente cuando una de las partes es consumidor.

Como antes se ha argumentado, no consta que estas circunstancias fuesen comunicadas a los clientes de forma suficiente y en un lenguaje accesible antes de la contratación.

Por lo que se refiere a los “Bonos Aisa” adquiridos por la actora en Febrero de 2008, la deficiencia en la información facilitada por la entidad bancaria fue aún más manifiesta. En primer lugar, porque de la orden de compra aportada como documento número 11 de la demanda, únicamente se desprende su rentabilidad (5%) y su fecha de vencimiento (Agosto de 2011), sin que por la demandada se haya siquiera intentado demostrar que se entregase a la actora folleto informativo de tipo alguno, en un flagrante quebrantamiento de las obligaciones establecidas en el artículo 79 bis de la LMV de 1988. Pero, sobre todo, porque la comercialización se produjo en Febrero de 2008, a sabiendas de que los la sociedad emisora, Fergo Aisa, era una sociedad inmobiliaria ya entonces muy afectada por la crisis del sector, como pone de manifiesto el documento número 13 de la demanda. La entidad bancaria conocía necesariamente esta circunstancia, pues la sociedad emisora formaba parte de su mismo grupo empresarial. Por tanto, actuó deliberadamente al “colocar” los bonos a la Sra. , a sabiendas de que se trataba de un producto cuyas expectativas de rentabilidad y liquidez futuras eran casi nulas, y aprovechándose de que la Sra. , por sus escasos conocimientos financieros, ignoraba tal circunstancia. Esta conclusión se extrae claramente del documento aportado como número 12 de la demanda, en el que el 6 de Marzo, apenas dos semanas después de la suscripción, la Sra. pide a la entidad que venda los títulos que había comprado, operación que, según le comunican desde la entidad, no era posible al no existir compradores dispuestos a adquirirlos.

En definitiva, se comercializaron unos bonos de riesgo extremo y rentabilidad





limitada, prevaliéndose de la confianza depositada en los trabajadores de la entidad y de la inexperiencia inversora de la cliente. No sólo no se le informó de la precaria situación financiera de Fergo Aisa, sino que, lo que resulta más sangrante, parece que ni siquiera se le advirtió de que la Sociedad operaba en un sector inmobiliario que por entonces atravesaba por una muy difícil situación que llevó a la quiebra de la entidad emisora (documento núm. 19 de la demanda).

Por lo que se refiere a los bonos de Fergo Aisa que la demandante dice haber adquirido en 2006, ningún documento contractual que acredite dicha operación es aportado por la actora al presente procedimiento. La demandada, no obstante, no discute que la misma tuviese lugar, de hecho en su alegación de pluspetición calcula el perjuicio sufrido por la Sra. Rodríguez incluyendo los 13.000 € invertidos en dicha suscripción. Es decir, reconoce la realidad de la misma. Ninguna prueba se ha aportado de la información que se pudo suministrar a la inversora sobre la situación financiera de la entidad emisora y las características del producto. No obstante, el hecho de que en 2008 la actora adquiriese nuevos bonos pese a la situación de quiebra de Fergo Aisa hace suponer que no se le informó debidamente de tales extremos, ni antes de la celebración del contrato ni durante su desenvolvimiento.

En resumen, no puede sino concluirse que la información facilitada a la demandante por parte de la entidad financiera resultó ser manifiestamente insuficiente para que ésta, habida cuenta de sus circunstancias personales y conocimientos financieros, pudiera hacerse una idea cabal de la naturaleza jurídica y económica del producto que contrataba, y en particular del riesgo que su suscripción llevaba aparejado. Por tanto, el las tres operaciones financieras analizadas, Bankpyme incurrió en un incumplimiento de las obligaciones de información precontractual que le impone la ley.

Queda simplemente apuntar que, como ya se ha motivado suficientemente en el fundamento jurídico 2º, el contrato celebrado con Bankpyme pasa por ser no un mero contrato de comisión para la adquisición puntual de productos financieros, como pretende la demandada, sino una relación jurídica compleja de prestación de servicios de gestión y asesoramiento financiero. Por ello, no puede Caixabank eludir, bajo este pretexto, el cumplimiento de los deberes de información precontractual. Así lo ha dicho reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo: *“las sentencias de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre, 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 102/2016, de 25 de febrero, declararon que, en este tipo de contratos, la empresa que presta servicios de inversión tiene el deber de informar, y de hacerlo con suficiente antelación. El art. 11 de la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, establece que las empresas de inversión tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente «en el marco de las negociaciones con sus clientes». El art. 5 del anexo del RD 629/1993, aplicable a los contratos anteriores a la Ley 47/2007, exigía que la información «clara, correcta, precisa, suficiente» que debe suministrarse a la clientela sea «entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación». Y el art. 79 bis LMV reforzó tales obligaciones para los contratos suscritos con posterioridad a dicha Ley 47/2007. La consecuencia de todo ello es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de*





inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente”(STS de 6 de octubre de 2016).

Por otro lado, y en relación con la operación de adquisición de los bonos “Fergo Aisa”, la actora funda su acción de incumplimiento contractual en la infracción del denominado “pacto de recompra de los bonos”, según el cual la entidad se obligaba, en las condiciones generales de la orden de compra, a readquirir los títulos por un determinado precio y en una fecha prefijada. No obstante, no puede entenderse que haya existido el referido incumplimiento.

En primer lugar, de la documentación aportada por la actora, difícilmente puede extraerse el contenido del pretendido pacto, pues las condiciones generales aportadas como documento núm. 11, en el que el mismo debería constar, resulta totalmente ilegible. Pero además, y aún en el caso de que se admitiese la versión que de su contenido da la parte actora, lo cierto es que la previsión de las condiciones generales no encuentra sustento en las particulares; ni se pacta una fecha de recompra, ni un efectivo de recompra, con lo que la ejecución de dicho pacto resulta imposible.

En todo caso, el pretendido pacto de recompra es incompatible con la naturaleza de los “bonos Aisa” adquiridos, pues estos tienen su vencimiento en una fecha determinada (agosto de 2011), por lo que será en esa fecha en la que el adquirente tiene derecho a recuperar el capital invertido, careciendo de sentido la vigencia del pacto de recompra y menos, como se pretende, constituyendo una garantía por parte del banco comercializador para el caso de insolvencia del emisor. Así lo ha declarado reiteradamente la Ilma. AP de Barcelona, entre otras en Sentencias 15/2016, de 25 de Enero, o 226/2015, de 14 de Mayo. En particular en esta última señala que *“La naturaleza de los bonos AISA descrita en el folleto de emisión[...], no se aviene en absoluto con el denominado ‘pacto de recompra’, tal como se razona de modo convincente en la sentencia apelada (fundamento jurídico 4º). Carece de consistencia la argumentación introducida en el recurso según la cual el pacto de recompra se explica porque era la única forma de instrumentalizar jurídicamente la devolución recíproca del capital y de los títulos, pues la explicitación de esa restitución no era necesaria, toda vez que era un efecto derivado de las características de la emisión, tratándose como era de un producto de vencimiento pactado, a cuyo término el capital debía ser restituído al inversor”.*

No existió por tanto incumplimiento de las obligaciones contractuales de Bankpyme por el hecho de no recomprar los bonos Aisa adquiridos por la demandante.

QUINTO.- Acciones ejercitadas.

En su escrito de demanda, la parte actora ejerce la acción de resolución contractual del artículo 1.124 del Código Civil, sobre la base de un pretendido incumplimiento contractual de la demandada.





Debe en este sentido recordarse que, entre los requisitos que la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene exigiendo para que prospere la acción de resolución contractual del artículo 1.124, es necesario que el incumplimiento de una de las partes sea un incumplimiento esencial, en el sentido de que frustre las legítimas expectativas económicas de la contraparte derivadas del contrato. Ha de tratarse de propio y verdadero incumplimiento, referente a la esencia de lo pactado, sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias que no impidan por su escasa entidad, que el acreedor obtenga el fin económico del contrato.

Pues bien, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es, hoy en día, más que reiterada en el sentido de considerar que el incumplimiento de la obligación de información precontractual por parte de la entidad financiera, derivada de la normativa antes relacionada, puede dar lugar a la declaración de nulidad del contrato por error en el consentimiento, pero en ningún caso puede considerarse un incumplimiento resolutorio, a los efectos de la aplicación del artículo 1.124 del Código Civil. Así lo establece, por ejemplo, en la STS 491/2017, de 13 de Septiembre, (FºJº 3º): “*Según hemos afirmado con reiteración, existe un riguroso deber legal de información al cliente por parte de las entidades de servicios de inversión. No obstante, el incumplimiento de dicha obligación por la entidad financiera podría dar lugar, en su caso, a la anulabilidad del contrato por error vicio en el consentimiento, o a una acción de indemnización por incumplimiento contractual, para solicitar la indemnización de los daños provocados al cliente por la contratación del producto a consecuencia de un incorrecto asesoramiento. Pero no puede dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento*”.

Y reitera a continuación dicha solución en la referida sentencia: “*Además de en las sentencias de esta Sala que se invocan en el recurso, lo hemos dicho más recientemente en la sentencia núm. 654/2015 , de 19 de noviembre: «No cabe duda de que la deducción de una pretensión fundada en la alegación de un vicio del consentimiento, conforme a los artículos 1.265 y siguientes del Código Civil, según la propia dicción del primero de los mencionados preceptos y del artículo 1.301 del mismo texto legal , debe formularse mediante una petición de anulabilidad o nulidad relativa; y no a través de una acción de resolución contractual por incumplimiento»*”.

En consecuencia, no procede la resolución de las órdenes de compra de productos financieros impugnadas en el presente procedimiento, y debe desestimarse la pretensión resolutoria formulada por la actora.

Junto con la acción resolutoria, la parte actora ejercitaba también la acción de reclamación de daños y perjuicios por responsabilidad contractual. Literalmente, en el suplico de la demanda se decía “Así mismo, como consecuencia de dichos incumplimientos se condene a CAIXABANK S.A, al pago en concepto de daños y perjuicios...”. Por tanto, ambas acciones se ejercitaban de forma cumulativa y no subsidiaria, lo que lleva a plantearse si la desestimación de la acción de resolución contractual debe arrastrar a la pretensión indemnizatoria.





El artículo 1.124 del Código Civil establece que “*La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos*”.

Es decir, se prevé expresamente la compatibilidad entre la acción de resolución contractual y la indemnizatoria de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento contractual, pero permitiendo también el ejercicio de la acción de reclamación de daños y perjuicios sin resolución. De este modo, la interpretación no puede ser otra que la de considerar que la acción de resarcimiento a la que alude el artículo 1.124 del Código civil no es más que la acción de responsabilidad contractual del artículo 1.101 CC, compatible con la acción de resolución pero autónoma de ella.

En definitiva, habiéndose ejercitado conjuntamente la acción de resolución contractual del art. 1.124 CC y la resarcitoria del art. 1.101 CC, no hay óbice alguno para, descartada la resolución del contrato, apreciar la existencia de responsabilidad contractual. Ello es así porque la indemnización de daños y perjuicios que pretende la actora no es consecuencia de la resolución, sino del incumplimiento de las obligaciones de una de las partes, con independencia de que dicho incumplimiento sea anterior o coetáneo a la celebración de los contratos y no posterior.

Una vez resuelta esta cuestión, resulta claro que Bankpyme ha incumplido sus obligaciones de información y asesoramiento financiero, como se ha motivado extensamente en el fundamento jurídico que antecede. Ello genera a favor del consumidor un derecho a la indemnización de daños y perjuicios causados, tal y como se desprende de forma inequívoca de la jurisprudencia del Tribunal supremo arriba transcrita (STS 491/2017, de 13 de Septiembre, FºJº 3º).

SEXTO.- SEXTO.- Cuantificación de los daños y perjuicios

La parte actora, en su escrito de demanda, parece pedir una indemnización de daños y perjuicios consistente en la restitución recíproca de prestaciones objeto del contrato. La parte demandada alega pluspetición, por entender que, en el caso de los Bonos COMMERZBANK, la pérdida debe computarse teniendo en cuenta el valor que tenían las acciones subyacentes en la fecha en que fueron adquiridas forzosamente por la actora, ya que a partir de ese momento pudo haberse desprendido de ellas, minorando la pérdida.

No puede, en primer lugar, aceptarse la solución propuesta por la actora. La restitución recíproca de prestaciones es la consecuencia directa de la resolución contractual, con arreglo a lo previsto en el artículo 1.295 Cc; desestimada dicha acción, no puede pretenderse, por la vía de la indemnización de daños y perjuicios, la misma consecuencia jurídica. El contrato celebrado sigue en vigor, y por tanto la indemnización no puede consistir en revertir sus efectos.

Debe admitirse, por el contrario, la excepción de pluspetición formulada por





"Caixabank". A la hora de cuantificar la pérdida sufrida por la Sra. como consecuencia de la adquisición de los bonos Commerzbank, debe partirse del capital invertido inicialmente, de 50.000 € entre ambos productos. Como contraprestación, tras el vencimiento de los títulos en Mayo y Agosto de 2008, obtuvo, según reconoce la propia actora, una rentabilidad del 11% –en el caso de los vencidos el 26 de Julio de 2008– y del 6,5% –en el caso de los vencidos el 30 de mayo de 2008–. Además, se le entregaron acciones de Deutsche Bank y de Gas Natural.

Pues bien, cabe entender que el perjuicio sufrido por la actora como consecuencia de la celebración de los referidos contratos, es el resultado de restar, al capital invertido, la rentabilidad obtenida y el valor de las acciones adquiridas al vencimiento. Dicho valor debe calcularse a partir del precio de cotización de las acciones en la fecha de vencimiento, y no del actual, como pretende la actora. Es la Sra. la que, voluntariamente, decide conservar dichas acciones tras el canje, con lo que está asumiendo voluntariamente el riesgo de variación de su valor; tal decisión en caso alguno puede ser imputada a la entidad demandada, pues no es consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones de información.

El contrato se consumó en la fecha de vencimiento, y es en dicho momento en el que ha de tasarse el perjuicio patrimonial sufrido por la actora; lo contrario llevaría al absurdo de entender que el daño fluctúa diariamente, por lo que la indemnización dependería de la marcha de los mercados el día concreto en que se dictase la presente sentencia. En cuanto al valor de cotización que alcanzaban las acciones en la fecha de adquisición de las mismas, la parte demandada hace una simple manifestación en su contestación a la demanda de cuál era el mismo, pero no aporta prueba alguna al respecto, por lo que la liquidación deberá realizarse en ejecución de sentencia.

Por el contrario, no ocurre lo mismo con los "Bonos Aisa". La parte demandada afirma que dicha Sociedad se encuentra en Concurso de Acreedores, por lo que aún es posible que la demandante, como acreedora de la sociedad, recupere todo o parte de su inversión.

Lo cierto, no obstante, es que llegado el vencimiento de los bonos, en Agosto de 2011, la Sra. no recuperó su inversión inicial. Desde entonces han transcurrido más de 6 años, periodo lo suficientemente extenso como para dudar seriamente de la posibilidad de recuperación del capital. Además, durante todo ese periodo, la Sra. no ha podido disponer de una cantidad de dinero que invirtió a un plazo relativamente corto, de 3 años, pero de la que se ha visto privada por casi 10.

A ello debe sumarse que no es posible la enajenación de dichos bonos en el mercado, pues la Sra. , como ha probado documentalmente, intentó venderlos ya poco después de su adquisición y no encontró comprador. En definitiva, cabe estimar que el valor de dichos títulos, a día de hoy, es nulo.

Además, no debe olvidarse que, como se justificó en el fundamento de derecho cuarto, en la comercialización de los bonos de Fergo Aisa intervino mala fe por parte de





Banpyme. Ello justifica la aplicación de un criterio más laxo en la apreciación de los daños y perjuicios causados, en aplicación del principio que inspira el artículo 1.107 del Código Civil. Deberá por tanto indemnizarse el valor total de lo invertido en la adquisición de dichos bonos.

En conclusión, la indemnización que “Caixabank” deberá abonar a la demandante será el resultado de las siguientes operaciones:

1. Respecto de los diez títulos “Commerzbank 11% Deustch BK 7/08”, el resultado de descontar, a los diez mil euros (10.000 €) invertidos, el importe de los rendimientos obtenidos por la Sra. como consecuencia de dicho contrato y el valor de mercado de las acciones de Deutsche Bank que recibió al vencimiento del mismo. Dichas acciones se valorarán según el valor medio de cotización que tuvieron el día 26 de Julio de 2008.
2. Respecto de los cuarenta títulos “Commerzbank 13,07% GAS NA 5/08”, el resultado de descontar, a los cuarenta mil euros (40.000 €) invertidos, el importe de los rendimientos obtenidos por la Sra. como consecuencia de dicho contrato y el valor de mercado de las acciones de Gas Natural que recibió al vencimiento del mismo. Dichas acciones se valorarán según el valor medio de cotización que tuvieron el día 30 de Mayo de 2008.
3. Respecto de los trece títulos de “BONOS AISA” adquiridos en Agosto de 2006 el resultado de descontar, a los trece mil euros (13.000 €) invertidos, el importe de los rendimientos obtenidos por la Sra. como consecuencia de la titularidad de los bonos.
4. Respecto de los veintiún títulos “AISA 08/11 5% BO”, el resultado de descontar, a los diecinueve mil seiscientos once euros con noventa céntimos (19.611,90 €) invertidos, el importe de los rendimientos obtenidos por la Sra. de dichos títulos.

La liquidación de dichas cantidades habrá de realizarse en ejecución de sentencia a través de los trámites prevenidos en los artículos 712 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil.

SÉPTIMO.- Intereses

Los intereses que devengan las cantidades antes expresadas, a falta de convenio entre las partes, deben ser necesariamente los legales por aplicación del artículo 1.108 del Código civil, en concordancia con el artículo 1.100 de igual texto.





En cuanto al momento a partir del cual la demandada ha incurrido en mora, y por tanto debe comenzar el devengo de dichos intereses moratorios, pretende la actora que se fije la fecha de la reclamación extrajudicial. No obstante, las dos reclamaciones en vía extrajudicial que constan, aportadas como documentos núm. 19 y 20, carecen de la precisión necesaria para identificarse con la intimación exigida por el artículo 1.100 Código civil para generar la mora del deudor. En dichos documentos se pone en conocimiento de la entidad bancaria la situación del cliente, pero, únicamente se reclama "el retroceso y reintegro de la inversión" en el primer caso (sólo respecto de los "Bonos Aisa"), y "la posibilidad de recuperar lo que ha sido el esfuerzo ahorrador de muchos años de trabajo", en la segunda misiva. Tales peticiones son insuficientes para provocar la mora del deudor, pues no identifican con la precisión exigible la obligación indemnizatoria cuyo cumplimiento se pretende.

Por otro lado, tampoco puede estimarse que pueda devengarse intereses moratorios desde la interposición de la demanda en tanto que las cantidades debidas por la demandada no serán líquidas y exigibles sino en el momento en que se concreten conforme lo prevenido en el fundamento anterior.

OCTAVO.- Costas

Al estimarse parcialmente las pretensiones de la actora procede, conforme al principio de vencimiento objetivo establecido en el artículo 394.1 LEC, no hacer expreso pronunciamiento en materia de costas.

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

FALLO

Que estimando parcialmente la demanda promovida por el Procurador de los Tribunales D. Pedro Moratal Sendra en nombre y representación de , actuando en nombre de D^a contra “Caixabank, S.A.”, Debo:

a) Condenar a “Caixabank, S.A.” a indemnizar a D^a en la cantidad resultante de las siguientes operaciones:

- Respecto de los diez títulos “Commerzbank 11% Deustch BK 7/08”, el resultado de descontar, a los diez mil euros (10.000 €) invertidos, el importe de los rendimientos obtenidos por la Sra. como consecuencia de dicho contrato y el valor de mercado de las acciones de Deutsche Bank que recibió al vencimiento del mismo. Dichas acciones se valorarán según el valor medio de cotización que tuvieron el día 26 de Julio de 2008.





2. Respecto de los cuarenta títulos "Commerzbank 13,07% GAS NA 5/08", el resultado de descontar, a los cuarenta mil euros (40.000 €) invertidos, el importe de los rendimientos obtenidos por la Sra. como consecuencia de dicho contrato y el valor de mercado de las acciones de Gas Natural que recibió al vencimiento del mismo. Dichas acciones se valorarán según el valor medio de cotización que tuvieron el día 30 de Mayo de 2008.
3. Respecto de los trece títulos de "BONOS AISA" adquiridos en Agosto de 2006 el resultado de descontar, a los trece mil euros (13.000 €) invertidos, el importe de los rendimientos obtenidos por la Sra. como consecuencia de la titularidad de los bonos.
4. Respecto de los veintiún títulos "AISA 08/11 5% BO", el resultado de descontar, a los diecinueve mil seiscientos once euros con noventa céntimos (19.611,90 €) invertidos, el importe de los rendimientos obtenidos por la Sra. de dichos títulos.

Las anteriores cantidades se liquidaran en ejecución de sentencia por los trámites previstos en los artículo 712 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Se desestiman las demás pretensiones de la parte actora.

Se impone a la demandada el pago del interés legal del dinero desde el momento en que se liquiden las anteriores cantidades.

Cada parte deberá pagar las causadas a su instancia, y las comunes por mitad.

Contra la presente sentencia cabe de interponer recurso de APPELACIÓN ante la Excmo Audiencia Provincial de Barcelona, a preparar ante este Juzgado en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación. Se indica a las partes que para interponer el anterior recurso deberán proceder al depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá certificación para su unión a los autos a que se refiere, definitivamente juzgando en primera instancia lo pronuncio, mando y firmo.





PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Sr. Juez en el mismo día de su fecha, hallándose celebrando audiencia publica, de lo que yo, la Secretaria, doy fe.

Doc electrónico garantit amb signatura:: Adreça web per verificar. https://ejusticia.gencat.cat/MAP/consultarCSV.html	Codi Segur de Verificació T25YT6A7BJZRSKFBJHXD313J93RZIN
Data : hora 20/02/2018 13:15	Signat per Morales Ádame, Antonio.

