

**JUZGADO DE 1<sup>a</sup> INSTANCIA N<sup>º</sup> 07 DE MADRID**

Calle del Poeta Joan Maragall, 66 , Planta 2 - 28020

Tfno: 914932702

Fax: 914932704

42020310

NIG: 28.079.00.2-2019/0062130

**Procedimiento: Procedimiento Ordinario xxx/2019**

Materia: Indemnización de daños y perjuicios

NEGOCIADO 5

**Demandante:** D./Dña. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

PROCURADOR D./Dña. MARIANO DE LA CUESTA HERNANDEZ

**Demandado:** CAIXABANK SA

PROCURADOR D./Dña. ELENA XXXXXXXXXX

**SENTENCIA N<sup>º</sup> 101/2020**

**JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ:** D./Dña. LORENZO VALERO BAQUEDANO

**Lugar:** Madrid

**Fecha:** diecisiete de septiembre de dos mil veinte

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Procurador D. Mariano de la Cuesta Hernández , en la representación procesal indicada , se formuló demanda de juicio ordinario contra Caixabank, S.A. en ejercicio de acción de daños y perjuicios provocados a los demandantes por incumplimiento del derecho de información en la contratación del producto bancario de inversión Bonos AISA 08/11 5% BO , alegando para ello los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso y terminó por interesar que se dictar Sentencia por la que :

- 1) Con carácter principal , se declarara que Caixabank ( como sucesor de Bankpyme ) fue “ negligente ” en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia , lealtad e información como “ prestador de servicios de inversión ” y “ comercializador ” de los Bonos AISA 08/11 5% BO en una venta asesorada , y al amparo del artículo 1101 del Código Civil , se le condenara a indemnizar al actor por los daños y perjuicios causados , equivalentes a la devolución al actor de la suma invertida de 15.000 euros , más los intereses pactados de dicha suma desde la fecha de cargo en cuenta de la misma hasta su efectiva devolución .
- 2) Subsidiariamente , que se declarara que Caixabank ( como sucesor de Bankpyme ) , fue “ negligente ”en el cumplimiento de sus obligaciones de “ seguimiento de la inversión e información permanente ” como asesor de inversiones y custodio y , al amparo del artículo 1101 del Código Civil , se le condenara a indemnizar al actor por los daños y perjuicios causados , equivalentes a la pérdida de valor

de su inversión , más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda , que se concretaban en la devolución al actor de la suma invertida de 15.000 euros , más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de cargo en cuenta de la misma hasta su efectiva devolución .

- 3) De forma cumulativa con las anteriores peticiones subsidiarias , se solicitaba que se condenara a la demandada al pago de las costas causadas .

**SEGUNDO.-** Emplazada la parte demandada a fin de que , previa entrega de copia de la demanda y de los documentos a ella acompañados , se personara en actuaciones , contestando aquélla , lo verificó a través de escrito presentado por la Procuradora D<sup>a</sup> Elena XXXXXXXXX , oponiéndose a las pretensiones deducidas de contrario , aduciendo como cuestiones previas excepción material de cosa juzgada , caducidad de la acción de error vicio , prescripción de la acción de responsabilidad conforme al artículo 945 Ccomercio y de la acción por responsabilidad precontractual a tenor del artículo 1902 Código Civil .

**TERCERO.-** Señalado día y hora para la celebración de la audiencia previa prevenida en el artículo 414 LEC, asistieron a la misma los litigantes por medio de sus respectivas representaciones procesales y Letrados .

Contestadas por la parte actora las excepciones previas formuladas por la demandada , se dispuso seguidamente , con admisión de la prueba documental ofrecida y con emisión de conclusiones , quedaran los autos pendientes de dictar Sentencia , de conformidad al artículo 429.8 LEC .

**CUARTO.-** En la tramitación de este juicio se han observado todas las prescripciones legales , a excepción del plazo para dictar Sentencia por haberse atendido asuntos de preferente trámite.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Se formula demanda por los herederos de D<sup>a</sup> XXXXXXXXX XXXXXXXXX XXXXXXXXX , adquirente de bonos AISA 08/11 5% BO , emitidos por la sociedad AISA Fergo , con un valor nominal de 15.000 euros , reseñando , dentro de los antecedentes fácticos de la demanda , la compra conjunta en su momento por importe de 30.000 euros que la causante efectuó con su hermana D<sup>a</sup> XXXXXXXXX XXXXXXXXX XXXXXXXXX en fecha 17 de julio de 2001 , de bonos renovados en fecha 17 de julio de 2006 en el Banco Bankpyme ( actualmente Caixabank ) , con vencimiento en agosto de 2011 ( se adjuntan instancia dirigida a Hacienda de Madrid y adjudicación de herencia , como documentos nº 2 y 3 de la demanda ; como documento nº 4 , el Auto judicial de declaración de herederos ; y los contratos de compraventa y de depósito y administración de valores , documentos nº 5 y 6 ) .

Tras reseñar la parte actora la actual legitimación pasiva de Caixabank, S.A. por adquisición del negocio bancario y de gestión de fondos de Bankpyme S.A. , con cita del contenido de la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo en un caso similar , Sentencia de fecha 29 de noviembre de 2017 , Sala 1<sup>a</sup> Pleno , se indica en el escrito inicial del procedimiento que , en cuanto a la forma de comercialización de la entidad Bankpyme relativa a los Bonos AISA 08/11 5% BO , como consecuencia de la sucesión hereditaria de la hermana fallecida XXXXXXXXX , la adquisición junto a XXXXXXXXX se hizo a causa de una recomendación que les hicieron por parte de comerciales de la oficina de Bankpyme sita en Madrid , Barrio de Argüelles , a través de la suscripción de un “ contrato de compraventa con pacto de recompra ” de los activos financieros ” por la que , en la fecha de recompra , el banco estaría obligado a recomprar los citados valores ( bonos ) , y el titular a revender al citado banco la titularidad de dichos activos financieros por el precio indicado en el efectivo de recompra fijado en el contrato ( documento nº 9 , reverso del contrato ) . Por parte de los empleados de la oficina bancaria , se aseguró un interés ( 5% anual por los años que duraba la inversión ) y la falta de riesgo , por tratarse de depósito de renta fija , así como la solvencia de la mercantil AISA Fergo , respondiendo el Banco en caso de riesgo , además de existir pacto de recompra y liquidez total en el mercado secundario .

En fecha 7 de octubre de 2011 , el Director General de Bankpyme envió carta a todos los clientes , entre los que figuraban los inversores de los bonos emitidos , haciéndoles saber que Bankpyme había sido absorbida por Caixabank ( documento nº 10 ) , sin que tras el proceso de absorción se dieran explicaciones de porque Caixabank no cumplía con su obligación contractual de recomprar los bonos .

Por medio de carta de fecha 1 de diciembre de 2011 ( documentos nº 11 y 12 ) Caixabank informó a sus clientes del hecho de haberse completado la integración operativa del negocio bancario del banco de la pequeña y mediana empresa Bankpyme a Caixabank ( se aporta señalado como documento nº 13 , folleto informativo explicativo de la “ adquisición del negocio bancario ” ) . Desde este momento , no se recibió ninguna comunicación de la situación de los Bonos AISA 08/11 5% BO . En cuanto a la forma de actuación de Caixabank consistiría , en su condición de sucesora mercantil de Bankpyme y acreedora de todas y cada uno de los productos financieros que formaban parte del negocio de Bankpyme , en redenominar todas y cada una de las cuentas de valores donde se asentaban las inversiones realizadas por los clientes , aperturando cuentas corrientes de contrapartida para el cargo de adeudos producidos por los gastos de custodia y mantenimiento de las inversiones de los inversores minoristas . Caixabank no habría respetado los acuerdos con tales clientes , modificando constantemente al alza los precios de la comisión de custodia .

Afirma la parte actora que , habiendo ya interpuesto demanda la hermana de la demandante , D<sup>a</sup> XXXXXXXXX XXXXXXXXX XXXXXXXXX , al objeto de recuperar el importe de 15.000 euros invertido en bonos AISA , la Sentencia recaída en apelación condenó a la entidad ahora interpelada a la devolución del dinero invertido , declarando la resolución por incumplimiento de los deberes de información al consumidor del contrato celebrado ( según documento nº 15 , a la que se acompaña como documento nº 15 bis la Sentencia de instancia ) .

Denuncian los demandantes la falta de asesoramiento en la venta del producto bancario , dentro de lo que constituía un servicio de “ gestión asesorada ”( se presenta ,

en relación al servicio de asesoramiento , la Guía publicada por la CNMV el 23 de diciembre de 2010 , sobre la prestación del servicio de asesoramiento en materia de inversión , documento nº 16 ) .

Se invoca la infracción de la obligación de mantener en todo momento adecuadamente informados a los clientes a que se refiere el artículo 79 bis 1 LMV , tanto en relación al verdadero contenido del producto y de sus riesgos , como del creciente riesgo que se cernía sobre sus inversiones por la progresiva degradación del emisor . Los clientes compradores no fueron perfilados como minoristas por el banco comercializador , que no cumplió test de idoneidad o de conveniencia .

Dentro del proceso comercializador de los Bonos AISA , se habría ocultado que tal emisor se encontraba en situación de quiebra técnica ( en este contexto, se incorporan como documentos nº 21 y 22 de la demanda , el informe de la Administración Concursal de Aisa Fergo y escrito del Administrador Concursal declarando el Concurso culpable , en orden a acreditar la situación de insolvencia en el momento de comercialización del producto ) habiendo mediado , a juicio de la demandante , incumplimiento objetivo de las obligaciones legales de información sobre las características y riesgos del producto por parte del profesional financiero , y en concreto , por vulneración de los artículos 78 y siguientes de la Ley 24/1988 , de 24 de julio , del Mercado de Valores , y del RDecreto 629/1993 , de 3 de mayo , así como de los artículos 72 y 73 del RDecreto 217/2008 de 15 de febrero .

**SEGUNDO.-** En su escrito de contestación a la demanda , la entidad interpelada viene a oponer , con carácter previo , la excepción material de cosa juzgada , por entender que las Sentencias señaladas como documentos nº 15 y 15 bis del escrito de demanda comportarían la desestimación de la actual pretensión a la restitución del 50% de los bonos adquiridos de forma indistinta por la hermana de la actora , y no haberse articulado la anterior demanda en nombre de la comunidad hereditaria . Añade la demandada que los documentos justificativos de la condición de herederos pudieron aportarse al anterior proceso tramitado ante el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 13 de Madrid , de modo que este segundo pleito trataría de suplir o subsanar defectos alegatorios del primer juicio en relación a pretensiones idénticas a las ahora ejercitadas ( se presenta la anterior demanda como documento nº 8 de la contestación ) . En segundo lugar , invoca la demandada la caducidad de la acción por error o vicio del consentimiento , atendido el día inicial del cómputo del plazo legal por comprensión real de las características y riesgos del producto , al reconocerse en demanda que los intereses o cupones dejaron de abonarse en 2008 , es decir , 11 años antes de interponerse la demanda o 7 años y medio desde el vencimiento de los bonos sin reintegro del nominal . En tercer lugar , se aduce la prescripción de la acción de responsabilidad , mediante invocación del artículo 945 CComercio , considerando que esta prescripción especial de 3 años sería aplicable a la operación de servicios de inversión prestada por la mercantil Bankpyme , dado que tampoco concurriría una relación contractual de asesoramiento en materia de inversión al faltar el contrato relativo a dicho servicio . Finalmente , y por no ser aplicable según la demandada , el régimen de prescripción del artículo 1964 CCivil alegado en la demanda , resultaría en su caso de aplicación el plazo prescriptivo anual de la responsabilidad extracontractual a que se refiere el artículo 1902 CCivil , sobre la base de ejercitarse una acción de responsabilidad precontractual .

En cuanto a la cuestión de fondo debatida , afirma Caixabank que , remontándose la inversión objeto de actuaciones al año 2001 resultaría discutible la aplicación de normativa referenciada a los años 2007 , 2009 y 2010 , en particular , respecto de la posterior aplicación de la Ley de Mercado de Valores y al deber de perfilar a los clientes minoristas , no acreditándose incumplimiento a la fecha de la orden de suscripción en el año 2006 , cuando el cliente ya conocía , por renovación de la inversión , las características y riesgos del producto adquirido . No mediaría prueba alguna de la profesión o inversiones previas de la fallecida , o de quejas anteriores a la demanda , y ello a pesar de dejarse de pagar los cupones en el año 2008 respecto de una inversión de cinco años de duración que vencía en 2011 , sin que se solicitara la aplicación del pacto de recompra a Bankpyme . En su consecuencia , la entidad se habría limitado a ejecutar la orden de compra de fecha 17 de julio de 2001 , siendo los clientes quienes interesaron volver a contratarlo a su vencimiento en 2006 .

En lo concerniente al perfil de la parte demandante , constaría la previa inversión en acciones de Bankpyme y participaciones preferentes del Royal Bank of Scotland ( documentos nº 2 y 3 de la contestación ) .

Respecto a la información postcontractual , junto a la propia demanda se aportaría un extracto remitido por Bankpyme sobre composición de cartera de valores de 2012 , año en que Caixabank se subrogó en las relaciones de custodia y depósito de valores , y comunicaciones sobre los bonos ( en igual sentido , se presenta copia de los extractos remitidos al cliente , documento nº 6 ) .

Niega la demandada la procedencia de daños y perjuicios indemnizables , ya que , al margen de la percepción de cupones durante la vida del producto por importe de 3.178,93 euros ( certificación documento nº 7 de la contestación ) , no habría concurrido incumplimiento previo a la contratación relacionado con la afirmada recomendación de la inversión , no mediando relación causal entre el comportamiento del sector inmobiliario y las cuentas de AISA en 2009 y 2010 y la renovación de la inversión en 2006 . Tampoco se daría un incumplimiento posterior a la contratación a partir del conocimiento por los clientes de la falta de percepción de rendimientos en 2008 , y por resultar el seguimiento de la inversión dentro del Concurso del emisor , al integrarse tales clientes como acreedores por el principal invertido y los intereses devengados y no pagados .

**TERCERO.-** La alegación previa contenida en escrito de contestación a la demanda sobre existencia de cosa juzgada obliga a considerar que la Sentencia precedente dictada por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 13 de Madrid , documento nº 15 Bis de la demanda , y la dictada en apelación por la Audiencia Provincial Sección 18<sup>a</sup> señalada como documento nº 15 del escrito inicial del procedimiento , resuelven expresamente la falta de legitimación activa de la demandante en aquel procedimiento declarativo en términos de no poder pedir solo para sí misma , la restitución de la totalidad de las cantidades invertidas , y que tampoco se acreditaban las condiciones para conceder el 100% del capital invertido por actuación en nombre de la comunidad hereditaria . Sin embargo , tal conclusión no supone que la inexistencia de un acuerdo válido que habilitara a la demandante la actuación representando los intereses de la comunidad hereditaria , y que la falta de concurrencia en tal proceso de la necesaria legitimación activa a que se refiere el artículo 10 LEC por no resultar quien actúa titular “ de la relación jurídica u

“ objeto litigioso ” , determine la existencia de cosa juzgada por darse las identidades contempladas en el artículo 222 LEC , ya que la Sentencia desfavorable no afecta al resto de los titulares no demandantes para reclamar en su nombre o en beneficio de la comunidad hereditaria , en su caso , limitándose el alcance subjetivo de la Sentencia a lo resuelto en función de la legitimación que ostentaba la cotitular en el porcentaje del 50% de la inversión ( véase , a título de ejemplo , la STS Sala 1<sup>a</sup> , de 13 de julio de 2012 , en relación a un supuesto de falta de legitimación para el ejercicio de acciones en interés de la institución hereditaria , y de la falta de alcance de lo resuelto en Sentencia al resto de condóminos ) .

El actual ejercicio de acción de daños y perjuicios por incumplimiento del derecho a la información en la contratación del producto denominado Bonos AISA 08/11 5% BO por importe de 15.000 euros , va referida al contenido del artículo 1101 CCivil , precepto que se menciona expresamente en el suplico de la demanda en relación a la actuación de la entidad demandada calificada en demanda de “ negligente ” en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia , lealtad e información como prestador de servicios de inversión y comercializador de los Bonos , de tal forma que el análisis de la posible prescripción de la acción del citado artículo 1101 CCivil no viene determinada por la aplicación del artículo 945 del Código de Comercio para el ejercicio de las acciones de responsabilidad dirigida frente a Agentes de Bolsa , Corredores de Comercio o Intérpretes de Buques , sino por el plazo de 15 años que establece el artículo 1964 del Código Civil , con la modificación del régimen transitorio de la Ley 42/2015 , y no el de 3 años que previene aquel precepto del Código Mercantil , al no actuar la demandada como mero agente o intermediario . Cabe citar , entre otras , la SAP Madrid Sección 11<sup>a</sup> nº 261/2015 de 30 de septiembre , que dispone que “ La acción que se ejercita es de indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento contractual ( art. 1101 y 1108 CC) de la demandada que habría suscrito , en el marco de la relación contractual que mantenía con la actora , determinados productos financieros sin su autorización , a la que por tanto no le es de aplicación el artículo 1968 CC para las acciones de responsabilidad extracontractual ( art. 1902 CC) y por tanto el plazo de un año allí previsto , sino el de quince años establecido en el artículo 1964 CC . Y tampoco nos hallamos ante el supuesto del artículo 945 del Código de Comercio , que se refiere a las acciones de responsabilidad dirigidas frente a los Agentes de Bolsa , Corredores de Comercio o Intérpretes de buques , en las obligaciones que intervengan por razón de su oficio , para las que establece un plazo de prescripción de tres años ” . Queda , por lo tanto , fuera del ámbito de este juicio , la posible apreciación de caducidad de la acción , no planteada , fundada en error invalidante del consentimiento , o de retaso desleal en el ejercicio de la acción que contiene la contestación a la demanda .

La resolución del pleito obliga a valorar el alcance de la normativa existente al tiempo de adquisición del producto de inversión , que tiene lugar en el caso enjuiciado antes de la reforma operada en la Ley de Mercado de Valores por la Ley 47/2007 , de 19 de noviembre , que incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/39/CE , relativa a los mercados de instrumentos financieros , aspecto en relación al cual la STS de 20 de noviembre de 2015 establece que “ La normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión , tanto la anterior a la transposición de la Directiva MIFID como la posterior , impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes , si bien la que transpone la citada directiva lo hace de un modo más sistematizado y exigente , tanto en la recogida de información por parte de la empresa de inversión al cliente para que comprenda la

naturaleza , las características y los riesgos de los distintos productos y servicios de inversión , y decida si contrata y, en su caso , qué productos o servicios contrata, con un consentimiento suficientemente informado ” .

La Ley de Mercado de Valores ( LMV ) en la redacción anterior a la citada transposición de la Directiva MIFID , dedica el título VII a las normas de conducta que han de observar , entre otras , las empresas que presten servicios de inversión . El artículo 79 LMV establecía como principios a los que debían atenerse las empresas que actuaran en el Mercado de Valores , tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores , los de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado , organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y , en situación de conflicto , dar prioridad a los intereses de sus clientes , desarrollar una gestión ordenada y prudente , cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios , asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados , y dejar constancia frente a los clientes de cualquier posible conflicto de intereses en relación con el asesoramiento o con el servicio de inversión que se preste.

Por tanto , aunque tras la reforma operada por la transposición de la Directiva MIFID , el nuevo artículo 79 bis LMV sistematiza mucho más la información a recabar por las empresas de inversión de sus clientes y la que deben proporcionarle , con anterioridad a dicha reforma ya existía esa obligación de informarse sobre el perfil de sus clientes y las necesidades y preferencias inversoras de éstos y de suministrarles la información adecuada e imparcial .

El alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor es detallado en las normas reglamentarias de desarrollo de la LMV . El RDecreto 629/1993 , de 3 de mayo , que establecía las normas de conducta en los mercados de valores y registros obligatorios , desarrollaba las normas que debían cumplir las empresas del mercado de valores . Resumidamente , tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe , sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes , en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado , realizando sus operaciones con cuidado y diligencia , según las estrictas instrucciones de sus clientes , solicitando de los mismos información sobre su situación financiera , experiencia inversora y objetivos de inversión .

En relación a la información que las empresas debían facilitar a sus clientes , obligación que se disponía con especial rigor en el artículo 5 del Anexo al citado RDecreto 629/1993 , la STS de fecha 17 de diciembre de 2015 disponía que la normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos en la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información , en las que el adherente declara haber sido informado adecuadamente o eximiera a la empresa de servicios de inversión de facilitarle el asesoramiento a que está obligada cuando la iniciativa de ofrecer el producto parte de ella . Tanto más si con ellas la empresa se servicios de inversión pretende eludir el cumplimiento de sus obligaciones , como son las de dar información imparcial , clara , no engañosa y con suficiente antelación a sus clientes cuando les ofrece contratar productos financieros complejos y de riesgo . La mencionada Sentencia , con remisión a la Sentencia 460/2014 , de 10 de

septiembre , añade que con anterioridad a la transposición de la Directiva MIFID , la normativa del mercado de valores ya daba “ una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión , y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a sus clientes , potenciales o efectivos . Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume , de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo , no son meras cuestiones de cálculo , accesorias , sino que tienen el carácter de esenciales , pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia , cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato , en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata ( o las garantías existentes frente a su insolvencia ) , que se integran en la causa principal de su celebración , pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza ” ( fundamentación jurídica que se reproduce en diversas Sentencias de Audiencias Provinciales , como la SAP Madrid Sección 21 de 31 de enero de 2017 ).

En orden a resolver sobre la existencia de error vicio invalidante del consentimiento , artículo 1266 Ccivil , habrá de considerarse que el incumplimiento por una empresa de inversión de su deber de informar al cliente no profesional , en el ámbito del mercado de valores y de productos y servicios de inversión , no impide que en algún caso dicho cliente conozca la naturaleza y riesgos asociados , de forma que si bien la ausencia de información adecuada no determina por si la existencia de error sí permite presumirlo ( SSTS 20 de enero de 2014 y 12 de enero 2015 ) .

Como declaran las SSTS de 18 de abril de 2013 , 12 de enero y 16 de septiembre de 2015 y 25 de febrero , 11 y 29 de marzo de 2016 , la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa , no de mera disponibilidad . Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal , y no son sus clientes no profesionales del mercado financiero y de inversión quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión , buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas . Sin conocimientos expertos en el mercado de valores , el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional . El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante .

La STS de 16 de septiembre de 2015 declara además que “ La falta de prueba sobre la existencia de esa información no puede perjudicar al cliente , sino a la empresa de servicios de inversión , porque se trata de extremos que conforme a las normas aplicables a la pretensión ejercitada , enervan la eficacia jurídica de los hechos alegados por la demandante ” .

Aplicados los razonamientos anteriores al supuesto enjuiciado, y considerando que la adquisición de bonos por parte de los demandantes respondía a la compra de producto financiero complejo ( complejidad declarada por SSTS nº 339/19 , de 12 de junio , y nº 667/18 de 29 de noviembre ) , es de observar que , al margen de la prueba documental incorporada a las actuaciones , en particular , de la orden de suscripción , no se ofrece elemento de prueba alguno a fin de establecer el alcance de la información suministrada a la demandante , o prueba testifical relativa a la explicación de las características o

principales riesgos del producto que se adquiría , y que fue renovado en el año 2006 . Ello obliga a presumir que se siguió en el caso la mecánica habitual por la que Bankpyme actuó desarrollando una actividad de asesoramiento frente a clientes minoristas respecto a los que no constaba una especial experiencia financiera , careciendo éstos de cualquier otra fuente de información y asesoramiento que la que ofrecía la entidad . La omisión de información relevante resulta siquiera más evidente en el supuesto de instrumentos financieros más cercanos al capital que a la deuda del emisor ; y que suelen tener , como ocurre en el caso litigioso , carácter subordinado . Según la clasificación de los productos realizada por el artículo 79 bis 8 a) LMV ( actual artículo 217 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015 , de 23 de octubre ) , son productos no complejos los que cumplen todas y cada una de las siguientes cuatro características : a) que sean reembolsables en cualquier momento a precios conocidos por el público ; b) que el inversor no pueda perder un importe superior a su coste de adquisición , es decir , a lo invertido inicialmente ; c) que exista información pública , completa y comprensible para el inversor minorista , sobre las características del producto ; y d) que no sean productos derivados . A sensu contrario , son productos o instrumentos financieros complejos los que no cumplen con todas o algunas de las características anteriores . Los productos complejos pueden suponer mayor riesgo para el inversor , suelen tener menor liquidez ( en ocasiones no es posible conocer su valor en un momento determinado ) y , en definitiva , es más difícil entender tanto sus características como el riesgo que llevan asociado . En este contexto , los bonos adquiridos se caracterizaban por su naturaleza perpetua y su dependencia de la solvencia del emisor , retribución fija pero condicionada a la existencia de un beneficio distribuible , el carácter perpetuo de las emisiones y la existencia de una opción de compra del emisor .

La manifestada ausencia probatoria sobre documentación firmada por la parte actora que permitiera el conocimiento de lo contratado , así como la falta de realización de test de conveniencia o idoneidad en que se valorase la experiencia inversora de la compradora , permite concluir el incumplimiento de los deberes de información al cliente respecto al asesoramiento financiero , al no advertir que el producto financiero era contrario al perfil de riesgo elegido por el cliente para efectuar su inversión , incumplimiento que genera , como requisito de la acción indemnizatoria , la pérdida del capital invertido en los bonos

Por otra parte, la información postcontractual que se dice dirigida al cliente, viene representada por extractos enviados a todos los inversores del producto , y con independencia de la personal recepción de las mismos, constituyen en cualquier caso ulteriores comunicaciones informando de la evolución de los bonos suscritos, que se emiten ya contratado el producto , por lo que ninguna incidencia pudieron tener en el incumplimiento inicial de deberes de información .

Tal y como recoge la SAP Sección 11 de 27 de febrero de 2017 , en un caso similar, “ la demandada además de actuar como intermediaria-vendedora , colocó el producto litigioso a las actoras, pues asesoró a las mismas en la contratación del producto, al haber efectuado recomendaciones personalizadas , considerando que tal producto es difícilmente comprensible e identificable para personas sin experiencia inversora suficiente . Es fácil deducir que la contratación del producto más propio del conocimiento bancario, no fue solicitada por las mismas , sino que les fue ofrecido y recomendado por los empleados de la entidad demandada ”, y que “ no se trató de una

recomendación genérica y despersonalizada , sino de una recomendación concreta , personalizada , siendo inducidas en términos comerciales a comprarlo , lo que objetivamente constituye el supuesto de verdadero asesoramiento a que se refiere el artículo 63 1 g) de la Ley de Mercado de Valores ” . Dicha Sentencia , recoge el razonamiento de la conocida STS de 25 de febrero de 2016 , que establece que no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado “ ad hoc ” para la prestación de tal asesoramiento , ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por el cliente y la entidad financiera , bastando con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes , recomendándoles su adquisición . Por otra parte , la STJUE de 30 de mayo de 2013 , ya estableció que la cuestión de si un servicio de inversión constituye o no 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 .

Cabe pues concluir el incumplimiento de la demandada de sus obligaciones legales en cuanto a la información precontractual exigible , dado que la comercialización de este tipo de productos , debido a su complejidad y a la asimetría informativa existente , no se limita a su distribución , sino que se presta al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros , en la medida en que debe ayudar al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto .

**CUARTO.-** Dado que no se formula propiamente una acción de nulidad o de resolución contractual , sino meramente de indemnización de daños y perjuicios con arreglo al artículo 1101 CCivil , no se está en el caso de restitución íntegra de las prestaciones que incluya la devolución de los intereses pactados desde la fecha de cargo en cuenta , sino los intereses legales desde la fecha de interposición judicial de la demanda , debiendo además deducirse del nominal de la inversión , por 15.000 euros , el importe percibido por la demandante en concepto de cupones o intereses , por la suma , no controvertida de 3.178,93 euros , según certificación documento nº 7 de la contestación a la demanda ( en este aspecto , se estima la alegación de pluspetición que contiene el escrito de contestación a la demanda , toda vez que en el suplico del escrito inicial se omite la referencia a la deducción necesaria de los cupones o réditos obtenidos ) . No obstante reducirse el importe del principal reclamado en un porcentaje superior al 20% , cabe calificar como sustancial las pretensiones de la demanda , dado que se negaba por la entidad interpelada la conducta negligente afirmada en demanda , y la reducción de importe responde a un elemento accesorio respecto a lo pretendido , como son los intereses percibidos por el cliente .

**QUINTO.-** Estimándose sustancialmente las pretensiones de la demanda , se imponen las costas procesales causadas a la demandada , artículo 394.1 LEC .

## **FALLO**

Que **ESTIMANDO** sustancialmente la demanda de juicio ordinario interpuesta por el Procurador D. Mariano de la Cuesta Hernández , en nombre y representación de D<sup>a</sup> XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX , D. José XXXXXXXXXXXXXXX , y D. Rufino Extremo XXXXXXXXX , contra Caixabank, S.A. , debo DECLARAR Y DECLARO que Caixabank, S.A. ( como sucesor de Bankpyme ) ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia , lealtad e información como “prestador de servicios de inversión ” y “ comercializador ” de los Bonos AISA 08/11 5% BO en una venta asesorada , y al amparo del artículo 1101 del Código Civil , debo CONDENAR Y CONDENO a la expresada demandada que indemnice a la parte actora por los daños y perjuicios en la cantidad de 11.821,07 euros , con más intereses legales desde la fecha de interposición judicial de la demanda .

Se imponen las costas procesales causadas a la demandada .

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de APELACIÓN en el plazo de VEINTE DIAS, ante este Juzgado, para su resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid (artículos 458 y siguientes de la L.E.Civil), previa constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta 2xxx-0000-04-0xxx-19 de este Órgano.

Si las cantidades van a ser ingresadas por transferencia bancaria, deberá ingresarlas en la cuenta número IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicando en el campo beneficiario Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 07 de Madrid, y en el campo observaciones o concepto se consignarán los siguientes dígitos 2xxx-0000-04-0xxx-19

Así mismo deberá aportar justificante del pago de la tasa prevista en la Ley 10/2012 de 20 de noviembre por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

El/la Juez/Magistrado/a Juez

**PUBLICACIÓN:** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión a autos. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa dissociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.