

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 2 DE VALENCIA

Av. del Saler, 14 -2ª planta dcha. (Zona Azul) 46071 VALENCIA
TELÉFONO: 96-192-90-11 - FAX: 96.192.93.11

N.I.G.:46250-42-1-2020-0031961

Procedimiento: Procedimiento Ordinario [ORD] - 001048/2020-8

De: D/ña.

Procurador/a Sr/a. MARTINEZ GIMENEZ, RAUL

Contra: D/ña. CAIXABANK SA

Procurador/a Sr/a. SANCHIS MENDOZA, MARGARITA

SENTENCIA núm. 307/2021

En Valencia, a 22 de diciembre de 2021.

Vistos por mí, Víctor Calatayud Chollet, Magistrado-Juez, actuando en comisión de servicios como refuerzo a los Juzgados de Primera Instancia de Valencia, los presentes autos de juicio ordinario 1048/2020, promovidos por el procurador de los tribunales D. Raúl Martínez Jiménez, en representación de D. bajo la dirección letrada de D. Eduardo Rodríguez de Brujón y Fernández, contra CAIXABANK, S.A., representada por la procuradora de los tribunales D.ª Margarita Sanchis Mendoza y asistida por la letrada D.ª María Faubel Gorrea con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por la representación procesal de D., se presentó demanda de juicio ordinario, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, contra Caixabank, S.A..

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar a los autos la tramitación prevenida para el juicio ordinario de conformidad con el art. 249 LEC, en relación con el art. 399 y concordantes de la misma Ley Procesal Civil.

TERCERO.- Emplazada en forma la parte demandada, compareció y contestó la demanda dentro de plazo, oponiéndose a las pretensiones de contrario, instando la íntegra desestimación de la demanda, con condena en costas a la parte actora.

CUARTO.- Cumplidos los trámites previstos en el art. 414-1 LEC y de acuerdo con lo dispuesto en este precepto, se convocó a las partes a una audiencia previa al juicio, señalándose para tal fin el día 29 de abril de 2021, con el resultado que es de ver en las actuaciones.

QUINTO.- De conformidad con el art. 431 LEC y concordantes, el día 07 de octubre de 2021 se ha celebrado el juicio, con el resultado que obra en acta, registrándose el resultado de la vista en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen con arreglo al art. 187 LEC.

SEXTO.- Las actuaciones quedaron pendientes de la práctica como diligencia final, de la remisión de oficio a través de la aplicación telemática del Juzgado a la AEAT en los términos interesados en la prueba que fue propuesta por la parte demandada y la cual fue admitida.

SÉPTIMO.- Cumplimentado el oficio, y presentados por las partes sus escritos de conclusiones, quedaron los autos vistos para dictar sentencia.

OCTAVO.- En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- De las pretensiones de la parte actora.

Con la demanda rectora de estos autos ejercita D..... acción de daños y perjuicios provocados por Caixabank, S.A. a la demandante, por incumplimiento del derecho a la información, en la contratación del producto bancario de inversión Bonos AISA 08/11 5% BO a consecuencia del incumplimiento del deber de información al cliente en el momento de contratación del producto bancario y un incorrecto asesoramiento en el momento de la contratación del citado producto bancario, condenando a la demandada al pago de la cantidad de 6.000'00 €, correspondientes al importe de adquisición de los bonos de FERGO AISA por parte de D.^a Natividad, más los intereses legales hasta su efectivo pago.

SEGUNDO.- De la acción ejercitada.

Respecto de la posibilidad de reclamar por daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de los deberes de información, debe recordarse la jurisprudencia al respecto, siendo buen ejemplo la sentencia 10 de julio de 2015, en que se dice que:

“En la Sentencia 754/2014, de 30 de diciembre , ya advertimos que no cabía «descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de las participaciones preferentes, aunque lógicamente es preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad.» Y en la anterior Sentencia 244/2013, de 18 de abril , entendimos que el incumplimiento por el banco del «estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer a los demandantes la adquisición de determinados valores que resultaron ser valores complejos y de alto riesgo (así los define la Comisión

Nacional del Mercado de Valores, y así se acepta en la sentencia de la Audiencia Provincial) sin explicarles que los mismos no eran coherentes con el perfil de riesgo muy bajo que habían seleccionado al concertar el contrato de gestión discrecional de carteras de inversión. Este incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas». Aunque esta sentencia se refiere a la responsabilidad por la actuación de la entidad prestadora de servicios financieros en el marco de un contrato de gestión discrecional de carteras de valores, la doctrina sobre las consecuencias del incumplimiento del estándar de diligencia, resulta aplicable, en esencia, respecto de las exigencias que el art. 79 bis 6 LMV impone a quien presta un servicio de asesoramiento financiero.

En consecuencia, conforme a esta jurisprudencia, podía ejercitarse una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes inherentes al test de idoneidad, siempre que de dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende sea indemnizado. Este perjuicio es la pérdida de la inversión, como consecuencia de la quiebra del emisor del Bono Fortaleza.

De tal forma que cabe atribuir al incumplimiento de los deberes inherentes a la exigencia del test de idoneidad, la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido, pues si no consta que la demandante fuera inversora de alto riesgo, ni que no siéndolo se hubiera empeñado en la adquisición de este bono, el banco debía haberse abstenido de recomendar su adquisición, por lo que, al hacerlo, propició que la demandante asumiera el riesgo que conllevó la pérdida de la inversión.”

TERCERO.- De la pretendida falta de legitimación de la demandada.

Denuncia la demandada la falta de legitimación pasiva de Caixabank, por cuanto la intervención de Bankpime en el proceso de venta se limitó a realizar una mera función de intermediación.

Esta cuestión ha sido ya resuelta de forma reiterada por el Tribunal Supremo, que en su sentencia 652/2017, de 29 de noviembre (invocada por la 609/2020 de 13 de noviembre) recuerda 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 (en este caso, unos bonos) 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.”

Y se añade en la sentencia 652/2017, que “(...) por lo general el cliente no conoce el modo en que la empresa de inversión ha obtenido el producto que tal empresa comercializa, pues ignora si la empresa de inversión lo ha adquirido directamente del emisor, que en ocasiones está radicado en un país lejano, o lo ha adquirido en un mercado secundario de un anterior inversor que es desconocido para el cliente.” Y que “[e]l inversor paga el precio del producto a la empresa de inversión de la que es cliente. La empresa de inversión le facilita el producto financiero que comercializa (que usualmente queda custodiado y administrado por la propia empresa de inversión, de modo que la titularidad del cliente se plasma simplemente en un apunte en su cuenta de valores administrada por tal empresa de inversión) y esta obtiene un beneficio por el margen que carga sobre el precio que abonó por la adquisición del producto.”

Por todas estas razones la excepción debe ser desestimada.

CUARTO.- De la pretendida prescripción de la acción.

Considera la demandada prescrita la acción de responsabilidad contractual en virtud de lo dispuesto en el artículo 945 del Código de Comercio, dado que la responsabilidad de Caixabank alegada de contrario prescribe a los tres años a contar desde que se formalizó el contrato, o en todo caso desde que se conoce el incumplimiento alegado.

La excepción no puede ser acogida, toda vez que haciendo propios los razonamientos de la sentencia 75/2021 de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Valencia, de 17 de febrero, “[n]o resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 945 CdC, porque la demandada no es un agente de Bolsa o corredor de comercio. Es una entidad financiera, por lo que simplemente no le es aplicable su régimen de prescripción. No ha existido una gestión o encomienda para una inversión indeterminada de una concreta cantidad de dinero, sino que el deber de información procede de la legislación relacionada con la venta de productos financieros.”

QUINTO.- Del deber de información.

En cuanto al derecho de información, se razona en la sentencia 223/2017 de la sección 6 de la Audiencia Provincial de Valencia, de 16 de junio:

“(...) debemos citar en primer lugar el artículo 79 bis introducido por la Ley 47/2007 que modifica la Ley del Mercado de Valores, precepto del que ya dijimos en la misma Sentencia (refiriéndose a la nuestra Sentencia núm 265, de fecha 20 de junio de 2013, en un supuesto de participaciones preferentes) que “comienza exigiendo en sus apartados segundo y tercero que toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, sea imparcial, clara y no engañosa, que las comunicaciones publicitarias deben ser identificables con claridad como tales y que a los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución

de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa.

Y con mayor detalle en sus apartados sexto y séptimo establecen como obligación de la entidad financiera que "6. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente. 7. Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente. Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él. Las advertencias previstas en este apartado se podrán realizar en un formato normalizado".

Con esta finalidad la entidad bancaria está obligada a realizar lo que se conoce como el test de idoneidad, regulado con mayor detalle en el artículo 72 del Real Decreto 217/2008, al establecer que "Evaluación de la idoneidad. A los efectos de lo dispuesto en el art. 79 bis. 6 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que presten el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras deberán obtener de sus clientes, incluidos los potenciales, la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse, o que debe realizarse al prestar el servicio de gestión de cartera, cumple las siguientes condiciones: a) Responde a los objetivos de inversión del cliente en cuestión. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión. b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión. (...). Asimismo, la información relativa a la situación financiera del cliente incluirá, cuando proceda, información sobre el origen y el nivel de sus ingresos periódicos, sus activos, incluyendo sus activos líquidos, inversiones y bienes inmuebles, así como sus compromisos financieros periódicos. c)

Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción o la gestión de su cartera. (...). Cuando la entidad no obtenga la información señalada en las letras anteriores, no podrá recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente ni gestionar su cartera".

Conforme el artículo 73 del RD 217/2008 , el test de conveniencia tiene por finalidad que la entidad de crédito pueda valorar si el cliente tiene "los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado", mientras que el test de idoneidad cumple dos objetivos adicionales, primero, determinar si el producto ofrecido responde los objetivo de la inversión señalados por el cliente y, segundo, si éste puede asumir los riesgos inherentes a dicha inversión (art. 72 RD 217/2008). La diferencia, es realmente importante, ya que el test de idoneidad responde a un servicio de asesoramiento que presta la entidad de crédito, por lo tanto, en estos casos, no basta que el cliente conozca la características del producto y sus riesgos, que resulta suficiente en los supuestos en los que la entidad de inversión ofrece otros servicios (ejecución de ordenes de inversión), sino que es necesario que el producto ofrecido por la entidad se acomode a los objetivos del cliente y que este pueda asumir sus riesgos, datos sobre los que el cliente ha de ser perfectamente informado para que pueda emitir un consentimiento válido.

Además el artículo 78 bis de la Ley del Mercado de Valores , en su redacción dada por la Ley 47/2007 , se refiere a la clasificación entre minoristas o profesionales, y en la Sentencia de esta Sala antes mencionada nos hemos referido en esta cuestión indicando que " los inversores minoristas reciben mayor protección que los profesionales, que las entidades le deben solicitar información , según el producto y el servicio que le vayan a prestar, para poder ayudar a tomar decisiones de inversión y para prestar los servicios más adecuados para cada inversor, de forma que también se destaca que el grado de protección depende de la complejidad de los productos o servicios ofrecidos por la entidad o demandados por el cliente y de su capacidad como inversor para comprender su naturaleza y riesgos, llegando a establecer el artículo 79 bis, antes en parte transcrito, que cuando el cliente no ofrezca la información indicada o esta sea insuficiente, la entidad debe advertirle de que esa omisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él."

SEXTO.- Del perfil inversor de la actora.

Dado que la acción interpuesta se fundamenta en un déficit de información y un inadecuado asesoramiento al Sr en la colocación de un producto no acorde a su perfil, considera la demandada necesario poner de relieve el perfil de la adquirente de los bonos. Y ello por cuanto, como se desprende del histórico de productos unido a la demanda como documento número 3, el Sr además del expediente de valores ha suscrito con Caixabank diversos fondos de inversión e incluso una libreta de deuda pública. Y de esto infiere la demandada, que la actora conoce perfectamente los riesgos de la inversión en bonos, así como de la variabilidad del mercado. Y en ningún caso puede clasificarse como perfil muy ahorrador.

Con independencia de los productos que hubiera podido contratar la actora, lo cierto es que el simple hecho de haber efectuado otras inversiones no la convierte sin más en experta, con el pleno conocimiento del producto complejo y de riesgo que se analiza, puesto que no se ha probado que en esos casos se les diera una información adecuada para contratar el producto conociendo y asumiendo los riesgos de una inversión compleja y sin garantías. Y es que la contratación de otros productos de inversión, sin que el banco pruebe que la información que dio al cliente fue la debida, solo puede indicar la reiteración de la entidad financiera en su conducta incorrecta, no el carácter experto del cliente. De hecho, en la Sentencia del Tribunal Supremo 102/2016, de 25 de febrero, se concluye “[q]ue los clientes hubieran contratado anteriormente productos similares no conlleva que tuvieran experiencia inversora en productos financieros complejos, si en su contratación tampoco les fue suministrada la información legalmente exigida.” En este sentido, también se arguye en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (sección 9ª) de 02 de diciembre de 2013, que “[l]o realmente trascendente es que a fecha de contratación del producto la parte actora conociese el significado, funcionamiento y riesgos de las participaciones preferentes, como producto complejo y de alto riesgo.”

En todo caso, de la mera contratación de productos sometidos a la variabilidad del mercado no puede colegirse que la actora conociese las características que el producto que nos ocupa.

SÉPTIMO.- De asesoramiento.

Para la decisión del pleito reviste especial trascendencia determinar si, la demandada prestó un servicio de asesoramiento para la adquisición de las participaciones preferentes, y en caso afirmativo, si, en la realización de tal servicio la entidad demandada incumplió las obligaciones propias del mismo.

A la primera de las antedichas cuestiones, se refiere la Sentencia dictada en Pleno por la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 20 de enero de 2014, conforme a la cual:

“Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), “(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente” (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE .

El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como “ la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros “. Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que “ se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a

una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público."

Así las cosas, resulta irrelevante si las partes llegaron o no a formalizar un contrato que plasme el referido servicio de asesoramiento -recomendación personalizada-, pues, como se indica en la meritada sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 11 de Mayo de 2015, a ello no obsta la circunstancia de que no medie entre las partes un contrato de gestión de cartera sino de custodia y administración de valores, ya que, como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de diciembre de 2014 , "la existencia y extensión del deber de asesoramiento de la entidad financiera, no deriva necesariamente de los pactos escritos alcanzados entre las partes, ni exige como elemento necesario el pago de una retribución"; en similares términos la SAP de Madrid de 11 de febrero de 2015 indica: "Repárese en que una cosa es la constancia escrita del asesoramiento y otra la documentación de la «.. descripción de cómo se ajusta la recomendación realizada a las características y objetivos del inversor ». Desde esta perspectiva, no es óbice a la existencia del asesoramiento que no figure en autos documentada la existencia de asesoramiento a la actora para la adquisición de las participaciones preferentes. La falta de un documento que refleje una recomendación por escrito no comporta sic et simpliciter la inexistencia de la misma, que pudo ser -como realmente fue, en el caso-verbal; y si la entidad bancaria omitió la formalidad normativamente exigida, con independencia de que lo fuera deliberada o involuntariamente (v. gr., por considerar que no se estaba realizando un verdadero asesoramiento), tal circunstancia no puede perjudicar nada más que a la entidad incumplidora, no al cliente receptor del asesoramiento , el cual ni siquiera fue informado de que efectivamente estaba siendo asesorado ni de que podía exigir la constancia escrita de la descripción de que la recomendación realizada se acomodaba a sus características y objetivos".

Dicho esto, a la vista de las manifestaciones de la parte actora en su escrito rector, de la naturaleza y características del producto acatado, y a falta de prueba que otra cosa acredite, bien puede colegirse que el producto fue recomendado a la actora , de lo que se desprende que la demandada llevó a cabo un servicio de asesoramiento financiero, pues la iniciativa de la contratación habría partido de ella, y no por solicitud voluntaria de la cliente. Yendo la actuación de la entidad bancaria en dicha suscripción más allá de la mera información del producto en el ámbito de su comercialización. De hecho, el testigo Sr. Zuriaga, antiguo empleado de la demandada, ha recordado que mientras que habían clientes que directamente pedían los Bonos Aisa al Banco, a otros se los ofrecía. Y a los clientes que querían hacer una inversión se les ofrecían diversas posibilidades.

Resulta por tanto, que el Sr. habría contratado por razón de tal recomendación. Y es como se dice en la sentencia de la sección 9 de la Audiencia Provincial de Valencia de 19 de abril de 2016 "(...) no es óbice a la existencia del asesoramiento que no figure en autos documentada la existencia de asesoramiento a la actora para la adquisición de las participaciones preferentes."

Así las cosas, y como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 , los deberes de información por parte de la entidad financiera deben responder al deber general de negociar conforme a las exigencias de la buena fe (art. 7 C.C), lo que conlleva "el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran ... los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar". Añade dicha resolución que "El art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero , regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe " proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional ". Y aclara que esta descripción debe " incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas ".

Pero es que además, consecuencia de los servicios de asesoramiento y de inversión prestados, es que el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se constreñía a proporcionar la antedicha información, sino que debió pedir al cliente información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto ofrecido, de modo que pudiera recomendarle los instrumentos financieros que más le convenían y en su caso evaluar si el servicio o producto era adecuado para el cliente, advirtiéndolo, en tal caso, de su opinión. Deberes con los que no cumplió la demandada, que no comprobó cual era el perfil del inversionista, en tanto que no practicó el test de idoneidad preceptivo de conformidad con el artículo 79 bis de la LMV y el 72 del RD 217/08 , de tal forma que permitió que la actora adquiriera un producto financiero complejo, infringiendo la normativa de información preceptiva.

OCTAVO.- De la adquisición de los bonos y de la información facilitada.

Procede ya entrar en el examen del producto objeto de la contratación, y en concreto de sus riesgos, así como en la información facilitada.

Riesgos que según la "NOTA DE VALORES" correspondiente a la "Oferta Pública de venta / Oferta pública de Suscripción" de "BONOS AISA AGOSTO 2006" adjunta a la demanda, se refieren tanto a los propios valores como al emisor. En concreto respecto de los primeros se refieren en la "NOTA DE VALORES" los riesgos de: a) subordinación y prelación de los inversores ante situaciones concursales, b) de fluctuación de tipos de interés, c) de crédito, por no tener la emisión a la que hace referencia la Nota de Valores asignada calificación crediticia por las agencias de calificación de riesgo crediticio. Como riesgos del emisor se señalan, a) el riesgo de crédito, b) el riesgo de mercado, c) el riesgo operativo, d) el riesgo legal, e) el riesgo de liquidez de mercado, y f) el riesgo de liquidez de financiación.

Por su parte en la “NOTA DE VALORES DE EMISIÓN” de la “Ampliación de capital mediante aportaciones dinerarias” de Fergo aisa, S.A. se contemplan como “FACTORES DE RIESGO”: a) que una suscripción incompleta de la Ampliación Dineraria podría afectar significativamente a la Sociedad, b) que la venta de un número sustancial de acciones o futuras ampliaciones de capital podría afectar negativamente al precio de la acción de Fergo Aisa, c) la volatilidad del precio de cotización de las acciones de Fergo Aisa, d) la incertidumbre sobre el desarrollo de un mercado activo para los derechos de suscripción preferente, e) una eventual caída significativa de la cotización de las acciones de Fergo Aisa podría afectar negativamente al valor de cotización de los derechos de suscripción preferente, f) que aquellos accionistas que no ejerciten su derechos de suscripción preferente en la ampliación dineraria verán diluida su parificación en el capital de Fergo Aisa, g) que futuras ampliaciones de capital podrían diluir la participación actual para los accionistas e la Sociedad,

Riesgos y características del producto de las que no consta que el cliente fuera debidamente informado por la entidad, contraviniendo de este modo la obligación que sobre ella recaía.

En el presente caso se desconoce la documentación que pudo facilitarse a D..... con ocasión de la contratación. Siendo el único documento que consta firmado por la actora el denominado “Declaración/Modificación de datos para la relación de negocios (Modelo 5433)” en el que ninguna mención se hace al producto que nos ocupa. Y a esto se añade, que el Sr. ha admitido que el folleto de la emisión, que era un libro de unos 20 centímetros solo se entregaba al cliente si lo pedía.

Se ignora por tanto la concreta información que pudo darse al Sr., ya que como indicado el testigo tenían más de 11.000 clientes. Debiendo ser la demandada quien pague con las consecuencias de esta falta de prueba, pues como se recuerda en la sentencia dictada el 20 de marzo de 2014 por la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Castellón, con remisión a la sentencia de esa misma Sala de 9 de mayo de 2012, “(...) la jurisprudencia menor viene determinando que la carga de la prueba de la información facilitada al cliente corresponde a quien se ampara en la realidad de dicha información, es decir a la entidad de crédito. Entre otras muchas es de ver la SAP Zaragoza (secc 5) 19-3-2012 ,que sostienen que corresponde a la entidad demandada acreditar que proporcionó al cliente la información necesaria, para que ésta pudiera prestar un consentimiento cabal e informado sobre el producto que iba a contratar”. (En el mismo sentido SSAP Gijón (secc. 7) 21-11 - 201 , 18-3-2012 , 23-2-2012 , 25-7-2011 ; SSAP Oviedo 7-11-2011 , 21- 2- 2012; SAP Burgos (secc. 3) 7-3-2012 ; SAP León (secc. 2) 5-3-2012 ; SAP Mérida (secc 3) 23-2-2012).” Y es que como también se señala en la sentencia de 20 de marzo de 2014, “[e]sto debe ser puesto en relación con que al cliente no le puede ser exigible la prueba de hechos negativos, siendo primordial que las reglas de la carga de la prueba entren en juego en todas sus vertientes y más concretamente en cuanto a la flexibilidad de las mismas.”

De esta forma, la parte demandada ante las manifestaciones de la parte actora de no haber sido adecuadamente informada, debe sufrir las consecuencias de la carga de la prueba, por lo que bien puede colegirse que no facilitó a la parte actora la

información que le era exigible a la hora de comercializar el producto financiero objeto de autos, información que tuvo que ser adecuada y bastante a la vista de la concreta complejidad del contrato y de los rasgos particulares del inversor del que no ha acreditado tener suficiente conocimiento para adecuar la información que debía facilitar.

NOVENO.- De la indemnización.

A la vista de cuanto se ha expuesto bien puede colegirse, que la entidad demandada no cumplió el estándar de diligencia e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer a la demandante la adquisición de determinados productos, que resultaron ser valores complejos y de riesgo.

Este incumplimiento de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye el título jurídico de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida. Concurriendo asimismo el resto de los requisitos de la acción que sirve de base a la petición indemnizatoria de la actora, pues, ha sufrido un perjuicio económico real, y se produce el nexo causal entre la conducta de la entidad demandada, y los daños producidos a la actora.

Procede por tanto la condena la demandada a abonar en concepto de indemnización, a favor de la parte demandante la suma equivalente al capital invertido más intereses, menos los rendimientos de los bonos, con sus intereses legales desde su percepción. Y es que, dado que la indemnización del daño tiene como objeto compensar en la medida de lo posible al que lo padece, de manera que sufra en la menor medida posible sus efectos, debe descontarse de la suma a indemnizar los rendimientos percibidos durante la vigencia del producto litigioso. Y es que se trata de restablecer el patrimonio del perjudicado a la situación en que se encontraba con anterioridad al mismo, sin que la acción ejercitada pueda amparar enriquecimiento alguno en el patrimonio del perjudicado.

DÉCIMO.- De los intereses.

En cuanto al devengo de intereses se dice en la sentencia de la sección 9^a de la Audiencia Provincial de Valencia SAP de 14 de julio de 2016 ., que: "No procede tampoco aplicar a la cantidad invertida el interés legal del dinero desde la fecha de la inversión porque no estamos ante un efecto legal de una declaración de nulidad del negocio, por lo que no cabe aplicar el art. 1303, CC . Sólo proceden los intereses legales desde la fecha de la reclamación judicial, por aplicación de lo dispuesto en los arts. 1100 y 1108, ambos del Código Civil . En el mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en su SAP de Valencia, Sec. 9^a, de 2 de marzo de 2016, Pte: Caruana Font de Mora, Rollo 1106/15 : "La acción entablada no tiende a restituir las prestaciones para lograr o reponer el equilibrio al momento del contrato, sino que la estimación de la acción debe fijar el daño y perjuicio y como ello se recoge en la sentencia pero aplicando los parámetros fijados en la propia demanda, (...) los intereses de tal cantidad liquida juegan desde la interpelación judicial".

UNDÉCIMO.- De las costas.

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 394 LEC, respecto de las costas procesales, al estimarse la demanda, procede hacer expresa condena en costas a la parte demandada.

En atención a lo expuesto, vistos los preceptos citados y los demás de general y pertinente aplicación al caso planteado,

FALLO

Que estimando como estimo la demanda interpuesta por D..... contra CAIXABANK, S.A.:

1.- Declaro que CAIXABANK (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 1.101 del Código Civil, le condeno a indemnizar a la actora por los daños y perjuicios causados, equivalentes a la devolución de la suma invertida de 6.000 €, más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de cargo en cuenta de la misma hasta su efectiva devolución.

2.- De la suma a restituir deberán deducirse los rendimientos obtenidos por la parta actora por los Bonos AISA 08/11 5% BO desde cada abono, más intereses.

3.- Condeno a la demandada al pago de las costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes en los términos acordados, advirtiéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de apelación, que se interpondrá ante este Juzgado dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación y, con los requisitos del artículo 457 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo constituir el depósito exigido por la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

Así por esta mi sentencia, de la que se dejará testimonio en los autos, juzgando definitivamente en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.