

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 21 DE VALENCIA.
Avenida DEL SALER (CIUDAD DE LA JUSTICIA) nº 14-4ª (zona AZUL)
TELÉFONO: 96.192.90.30 **FAX:**96.192.93.30

N.I.G.: 46250-42-1-2018-0044155

Procedimiento: **Procedimiento Ordinario [ORD]** - [REDACTED]

SENTENCIA Nº 21/2020

MAGISTRADO QUE LA DICTA: D/Dª ROSA SONSOLES HERNANDEZ GONZALEZ

Lugar: VALENCIA

Fecha: treinta y uno de enero de dos mil veinte

PARTE DEMANDANTE: [REDACTED]

Abogado: SERRANO CASTELLS, OSCAR

Procurador: MORATAL SENDRA, PEDRO

PARTE DEMANDADA CAIXABANK SA

Abogado: [REDACTED]

Procurador: SANCHIS MENDOZA, MARGARITA

OBJETO DEL JUICIO: Ordinario

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por el Procurador Sr. Moratal Sendra en nombre y representación de la [REDACTED] actuando en interés de Dª [REDACTED] se formuló demanda de juicio ordinario, contra CAIXABANK S.A., en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, suplicaba se dictara sentencia por la que se declarare: 1.- El incumplimiento por parte de CAIXABANK S A., de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la compraventa de las participaciones preferentes de Kaupthing Bank y de los bonos de Fergo Aisa, Y condene a la demandada al pago en concepto de daños y perjuicios en la cantidad de 99.238,00 € a favor de Dª [REDACTED] más los gastos de custodia vinculados a estos valores y más los intereses legales que correspondan de tales conceptos desde la fecha de la presente demanda, con compensación de los importes percibidos en concepto de rendimientos o cupones y sus rendimientos. Debiendo de proceder a la restitución de los títulos a CAIXABANK S.A. y pago de las costas procesales causadas a la demandada.

SEGUNDO.-Admitida a trámite la demanda se emplazó a la parte demandada para que en el término legal compareciera en autos y contestara a la demanda. La demandada presentó escrito de contestación, en el que terminaba interesando que se desestimara la demanda, con condena en costas a la parte actora.

CUARTO.- La Audiencia previa se celebró con presencia de las partes sin que existiera acuerdo, ratificándose en sus escritos iniciales. Fijados los hechos controvertidos, se admitieron las pruebas declaradas útiles y pertinentes consistentes en interrogatorio de testigos y documental.

QUINTO.- El juicio se celebró el día y hora señalado. Practicándose la prueba admitida, formulando oralmente las partes sus conclusiones. Quedando concluso para dictar sentencia.

OCTAVO.- Habiéndose cumplido todas y cada una de las prescripciones legales establecidas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Que con la presente demanda [REDACTED] formula acción individual de reclamación de daños y perjuicios derivada de la adquisición de unas participaciones preferentes de Lemman Brothers, unas participaciones preferentes de Kaupthing Bank y unos Bonos de Fergo Aisa, en defensa de los intereses de Doña [REDACTED] al amparo de lo establecido en el art. 11 de la LEC. Que los productos fueron adquiridos por la Sra. [REDACTED] en una disposición por importe de 20.358,00 € para la adquisición de 20 títulos de Participaciones preferentes de Lemman Brothers, en fecha 27 de abril del 2005, siendo la valoración actual de esos títulos de 0€, debido a la situación de quiebra del Banco emisor, en una antigua oficina de Bankpine en la localidad de Valencia. Una disposición por importe de 69.880,00 €, para la adquisición de 80 títulos de Participaciones preferentes de Kaupthing Bank en fecha 11 de enero del 2008, adquiridos a un precio sensiblemente inferior a su valor nominal, siendo este un claro indicador de que se tratan de títulos que tienen dificultades de liquidez en el mercado secundario de renta fija donde cotiza, siendo la valoración actual de estos títulos la de 0€. Y una tercera disposición por importe de 9.000,00€ para la adquisición de 9 títulos de Bonos Fergo Aisa cuya realización no consta, puesto que parece como fecha de realización no consta, puesto que aparece como fecha el 6-02-2012, cuando ya había vencido el mismo. Habiendo sido el importe total de 99.238,00 €.

Se argumenta que la Sra. [REDACTED] era cliente de Bankpine desde hacía muchos años, contratando varios productos de carácter bancario con la misma, tales como depósitos y cuentas corrientes, así como productos de renta fija. Siendo ama de casa, de 67 años de edad y teniendo un perfil muy ahorrador. Y siendo asesorada por su gestor, puso buena parte de sus ahorros, en un producto que quería que fuera seguro y estable y que a su vez le generara un cierto interés para completar su pensión. Habiéndole vendido los productos sin recibir ninguna otra información al respecto, como de renta fija, siendo de renta variable y como seguros y garantizado. Siendo los Bonos de la Empresa Fergo Asia, de una empresa del mismo grupo, presentando seria dudas de su solvencia. Así y en cuanto a las participaciones preferentes emitidas por Lehman Brothers, la única información proporcionada por el Banco Pastor fue de forma verbal, asegurándole

que las mismas eran plenamente seguras, no habiendo firmado folleto alguno, ni test de idoneidad. La fase precontractual fue inexistente. Existió conflicto de intereses.

SEGUNDO.- La entidad demandada opone la falta de legitimación activa de la AUGE, en la representación de su asociada Sra. [REDACTED]. Se considera prescrita la acción de nulidad por vicio de consentimiento y prescrita la acción de indemnización de daños y perjuicios, de la que, en cualquier caso, se debería de descontar los intereses percibidos por los clientes. Así como alega la falta de legitimación pasiva de la demandada.

Sobre el fondo de asunto, se opone a las pretensiones de contrario alegando que tanto la demandante como su marido en el momento de adquirir la deuda subordinada y los bonos, ya habían contratado otros productos financieros complejos. Habiendo sido plenamente informada de los riesgo así como del producto, habiéndole sido entregado en todo momento la información documental y asesoramiento necesario, siendo que Bankpime, es una mera intermediaria con la Entidad Bancaria, siendo la entidad emisora y garante de los mismos la propia AISA.

TERCERO.- Se argumenta por la demandada la falta de legitimación activa, dada la falta de autorización en el artículo 7.3 LOPJ para actuar en defensa de intereses individuales de la Sra. [REDACTED] norma de rango superior a la LEC; y en que el artículo 11.1 LEC no es aplicable al no litigar en defensa de un conjunto o pluralidad de asociados sino sólo de dos, que en realidad son una unidad ganancial. Además, se pretende neutralizar cualquier consecuencia económica negativa, singularmente, librar a los asociados del pago de las costas por el reconocimiento a las asociaciones de consumidores del derecho a la justicia gratuita.

La SAP Valencia n.º 434/2018, Sección 6ª, de 15 de octubre de 2.018, establece: *"La cuestión a resolver afecta a la aplicación del artículo 11-1 LEC, la demandada considera que la LOPJ es preferente por su mayor rango, mientras que la demandante fundamenta su legitimación en la LEC, norma especial que regula los procedimientos que afectan a consumidores y usuarios. El criterio de este tribunal es que AUGE esta legitimada para ejercitar acciones en defensa de intereses individuales de sus asociados y así se desprende del artículo 11-1 de la LEC que reconoce legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios." El precepto no ofrece duda interpretativa al ser coincidente con la regulación de la LGDCU citada, es mas, este tribunal ha examinado toda la documentación aportada por las partes en relación a la cuestión debatida, y en alguna de sus resoluciones la demandante es AUGE, respecto a la que no se planteó la excepción de falta de legitimación activa, siendo por tanto una cuestión pacífica entre los tribunales reconocer legitimación para la defensa de intereses individuales de sus asociados. A título de ejemplo, señalamos, sentencia unida al folio 406 del Tomo II, sección 9 AP Valencia de 26 de junio de 2017; folio 416, Tomo II, Sección 9 AP Valencia , y folio 432, Tomo II, Auto de 15 de febrero de 2017 Sección*

Séptima AP Valencia. A nivel constitucional, la legitimación está reconocida en sentencia Sala Primera TC, nº 217/2007, de 8 de octubre de 2007 que en su fundamento parte de la afirmación de que la Asociación que promovió el recurso de amparo estaba legitimado en virtud el artículo 11.1 LE€ para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados”.

En el mismo sentido, la SAP Valencia n.º 636/2018, Sección 9ª, de 6 de junio de 2.018 razona: “Así nos pronunciamos, respecto de la apelante en Sentencia de 21 de mayo de 2018 (...) La parte demandada apelante ataca el razonamiento del FD Primero de la sentencia del Juzgado Primera Instancia, por entender que la Asociación demandante, en atención al artículo 11 de la Ley Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, carece de legitimación para entablar la acción por estar ceñida su campo de actuación solamente a la defensa de los intereses colectivos o difusos en materia de consumidores, pero no para interpelar intereses particulares de su asociados invocando diversa cita jurisprudencial entre la que destaca la sentencia de la Sección Octava de Audiencia Provincial de Valencia de 19/4/2017, nº 97/17 . El Tribunal no puede acoger tal tesis, dada la redacción actual del artículo 11-1 de la Ley Enjuiciamiento Civil que para el proceso civil versado sobre derechos e intereses de los consumidores y usuarios, no restringe tal campo de actuación de las Asociaciones sólo al ámbito de los intereses colectivos, pues no está delimitado en el precepto legal, que habla de defensa en juicio de "los derechos e intereses de sus asociados" sin perjuicio (inicio de su enunciado) de que estos tengan legitimación individual, con lo que en la interpretación correcta del precepto procesal cabe una actuación como la ahora desplegada, pues parte de las acciones entabladas están basadas en sus derechos como consumidora de la Sra. Laura , asociada en AUGE. A mayor abundamiento, la Sala debe aplicar el criterio fijado para este tema por el Tribunal Constitucional en el que se apoya y hace eco, perfectamente, la sentencia del Juzgado Primera Instancia y citamos en aras a su claridad las sentencias núm. 217/2007 de 8 de octubre ; núm.73/2004, de 22 de abril y nº 219/2005, de 12 de septiembre , que abordan el problema de la legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios para defender en un proceso los derechos e intereses de sus asociados, reconociendo expresamente que esa legitimación se ostenta no sólo cuando la asociación ejerce acciones en defensa de los derechos o intereses generales, colectivos o difusos, de sus asociados, sino también cuando la asociación actúa en defensa de un asociado concreto, siempre que la controversia afecta a los derechos e intereses del asociado en su condición de consumidor o usuario, como efectivamente ahora concurre”.

Asimismo en cuanto la falta de poder de representación de los asociados. Se argumenta que el poder recibido no es suficiente por cuanto consta en un documento privado y el artículo 1.280.5 CC exige que el poder para pleitos conste en documento público.

La exigencia de este artículo debe de entenderse respecto a quien acciona, AUGE, y no a la forma en la que sus asociados le autoricen para accionar en su interés.

CUARTO.- Respecto de la falta de legitimación pasiva de la Entidad Caixabank, hemos de poner de manifiesto que ya en sentencias 54/2018 y 55/2018, ambas de 1 de febrero, 257/2018, de 26 de abril, y en la más reciente 10/2019, de 11 de enero, en las que se resolvió recursos extraordinarios por infracción procesal interpuestos por Caixabank que planteaban su pretendida falta de legitimación pasiva, respecto de Bankpime y los demandantes con relación a la adquisición por estos de los productos financieros complejos y a la posición que en dicha relación tenía Bankpime; la posibilidad de cesión del contrato existente entre Bankpime y los clientes; y la interpretación del contrato suscrito entre Bankpime y Caixabank por la que aquella transmitió a esta su negocio bancario.

tales cuestiones habían sido planteadas por Caixabank en el recurso de casación que fue resuelto por la sentencia del pleno de este tribunal 652/2017, de 29 de noviembre Decisión del tribunal (II): ineficacia frente a los clientes de la exención de los "pasivos contingentes" de la transmisión del negocio bancario

1.- La cláusula en que Caixabank funda su excepción de falta de legitimación pasiva, estimada por la Audiencia Provincial, no supone la exclusión de algunos pasivos en la transmisión del negocio bancario, o la exclusión de algunos contratos en la cesión de contratos efectuada por Bankpime 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 Bankpime, ceder a Caixabank los contratos celebrados por Bankpime 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.

4.- Al haberse producido, en virtud del negocio jurídico celebrado entre Caixabank y Bankpime, la cesión global de los contratos celebrados por Bankpime con sus clientes como elemento integrante de la transmisión del negocio bancario, como unidad económica, de una a otra entidad, la transmisión de la posición jurídica que el cedente tenía en los contratos celebrados con los clientes en el desenvolvimiento del negocio bancario transmitido ha de considerarse plena.

5.- No es admisible que la subrogación del cesionario en lugar del cedente se realice en un modo que permita al cesionario disfrutar de las ventajas que tales contratos le suponen, pero le libere de las responsabilidades contraídas por el cedente en la celebración de tales contratos, que es lo que supone en la práctica la pretensión de Caixabank, formulada al amparo de dicha cláusula y estimada en la sentencia recurrida. Tal pretensión la defraudación de los legítimos derechos de los clientes bancarios, al privarles de las acciones que pueden ejercitar con base en los contratos celebrados con el banco del que han pasado a ser clientes en virtud de la transmisión del negocio bancario realizado y que ha asumido la posición contractual del banco cedente.

3.- En la sentencia 477/2017, de 20 de julio, hemos declarado 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.

Es más, 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 o lo ha adquirido en un mercado secundario de un anterior inversor que es desconocido para el cliente.

4.- El 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.

5.- En estas circunstancias, ha de reconocerse legitimación pasiva a la empresa de inversión, en este caso un banco, que comercializa el producto financiero, 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.

*6.- Esta solución es la más adecuada a la naturaleza de la acción ejercitada y a la intervención que los distintos sujetos tienen en el negocio, habida cuenta de que el elemento determinante de la existencia de error vicio es, en estos casos, el déficit de información del cliente provocado porque la empresa de inversión que actúa como comercializadora ha incumplido las obligaciones de información sobre la naturaleza y los riesgos del producto de inversión que le impone la normativa sobre el mercado de valores. ...La causa de la cesión de los contratos bancarios por Bankpime a Caixabank es justamente la transmisión del negocio bancario como una unidad económica, en cuya operación se enmarcaba y adquiriría sentido la cesión de los contratos. La particularidad de esa causa de la cesión de los contratos trae como consecuencia que esta cesión incluyera tanto los créditos, derechos y, en general, posiciones activas de la entidad bancaria transmitente respecto de sus clientes, como las obligaciones, responsabilidades y, en general, posiciones pasivas de dicha entidad frente a sus clientes. Entre estas últimas está la de soportar pasivamente las acciones de nulidad y **exigencia de responsabilidad contractual de los contratos celebrados por Bankpime con sus clientes y restituir las prestaciones percibidas en caso de que tales acciones fueran estimadas.***

Por tanto, la transmisión por Bankpime a Caixabank de su negocio bancario como unidad económica y, como elemento integrante de dicha transmisión, la sustitución de Bankpime por Caixabank en la posición contractual que aquel ostentaba frente a cada uno de sus clientes del negocio bancario, justifica que estos clientes pudieran ejercitar contra Caixabank las acciones de nulidad contractual, por error vicio, respecto de los contratos celebrados por

*Bankpime con su clientela antes de la transmisión del negocio bancario, sin perjuicio de las acciones que Caixabank pueda ejercitar contra Bankpime para quedar indemne frente a esas reclamaciones, conforme a lo previsto en el contrato celebrado entre ambos bancos. Es por lo que procede la desestimación de la excepción planteada por Cixabank, quien tiene plena legitimación pasiva para ser parte en el presente procedimiento. Según **Sentencia núm. 339/2019, de** Fecha de sentencia: 12/06/2019 Tipo de procedimiento: **CASACIÓN** Número del procedimiento: 527/2017 Fallo/Acuerdo de Fecha de Votación y Fallo: 06/06/2019.*

QUINTO.- La parte demandada sostiene que no ha habido vicio del consentimiento alguno en la contratación de los Bonos Fergo Aisa, y que de haber concurrido, el mismo pudo haberse evitado con un mínimo de diligencia buscando un asesoramiento necesario antes de efectuar la inversión.

Siguiendo la STS Pleno, núm. 23/2016 de 3 febrero (RJ\2016\2), es jurisprudencia de esta Sala que para que el error resulte invalidante del consentimiento, deben concurrir los siguientes requisitos: a) Que el error recaiga sobre la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre *aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad*; b) *Que el error no sea imputable a quien lo padece*; c) *Un nexo causal entre el error y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado*; y d) *Que se trate de un error excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció mediante el empleo de una diligencia media o regular. Según recordábamos en la sentencia 689/2015, de 16 de diciembre (RJ 2015, 5570), que compendia la reciente jurisprudencia en la materia:*

«Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea...

»En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

>>El art. 1.266 del CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1.261.2 del CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

»Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias -pasadas, concurrentes o esperadas- y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el

sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

»Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

»El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

»Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida».

Y en este caso, en relación a la obligación de información en el ámbito de valores negociables, el art. 79 de la Ley del Mercado de Valores, en la redacción existente en el momento de la suscripción de los bonos, señalaba que "las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos: a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado; b) 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, sin privilegiar a ninguno de ellos; c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios; d) Disponer de los medios adecuados para realizar su actividad y tener establecidos los controles internos oportunos para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone; y e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados ". Y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, también de aplicación, recogía las normas de actuación en los

Mercados de Valores y Registros Obligatorios, y contenía un código de conducta en el que se exigía de la entidad bancaria, entre otras, las obligaciones de información que se recogen en el art. 5 apartado tercero, que indica que "la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos".

En cualquier caso, tanto antes como después de la modificación de la LMV en el año 2007 y la introducción en la legislación española de la Directiva MIFID, las entidades de crédito que prestan servicios de inversión debían y deben informar al cliente, especialmente al cliente minorista y con más énfasis cuando se trata de productos complejos y de riesgo, de todas las particularidades de la inversión y de sus riesgos, para que el cliente, con perfecto conocimiento, pueda manifestar su consentimiento, pues solo desde la perfecta información se habrá podido lograr la eficaz formación del consentimiento eficaz e irrevocable. Y ello con independencia de la relación contractual que medie entre las partes, ya sea de mera intermediaria/comisionista, ya de vendedora directa de sus propios productos, ya de asesoramiento financiero personalizado. Así lo destaca el propio Tribunal Supremo en su STS núm. 491/15 de 15 de septiembre al decir que "este marco legal anterior ya contemplaba una exigente regulación de la información que se debía suministrar sobre la naturaleza del producto y el riesgo que se asume al contratar estos productos y que la normativa del mercado de valores 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 los clientes, potenciales o efectivos". Por tanto, aunque tras la reforma operada por la transposición de la Directiva MiFID, el nuevo art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores sistematiza mucho más la información a recabar por las empresas de inversión de sus clientes (apartados 5 y siguientes) y la información que deben suministrar a tales clientes (apartados 1 a 4), de modo que refuerza el nivel de protección de estos, con anterioridad a dicha reforma ya existía esa obligación de informarse sobre el perfil de sus clientes y las necesidades y preferencias inversoras de estos y de suministrarles información clara, correcta, precisa, suficiente, facilitada con suficiente antelación, haciendo hincapié en los riesgos de la operación, muy especialmente en los productos financieros - STS de 15 de julio de 2016 -.

Sobre los deberes de información, el Tribunal Supremo, en STS de 20 de noviembre de 2015, sistematiza cuáles son los concretos deberes de información que competen a la entidad financiera, atendiendo a la normativa vigente, antes y después de la transposición a nuestro derecho de la Directiva MIFID. No diferencia el nivel de exigencia a la entidad asesora antes o después de la entrada en vigor de la Ley 47/2007. Efectivamente, la citada STS de 20 de noviembre de 2015 se refiere a ello en los siguientes términos: "La Ley del Mercado de Valores, en la redacción anterior a la transposición de la Directiva MiFID, que es la aplicable por razones temporales al primero de los contratos cuya nulidad se solicita, dedica el

título VII a las normas de conducta que han de observar, entre otras, las empresas que presten servicios de inversión. El art. 79 de la 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 art. 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 estos y de suministrarles la información adecuada e imparcial.

La previsión contenida en la anterior redacción del art. 79 de la LMV desarrollaba la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, por lo que ha de interpretarse conforme a dicha directiva. Los arts. 10 a 12 de la directiva fijan un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las empresas de servicios de inversión respecto de sus clientes. Su art. 11 prevé que los Estados debían establecer normas de conducta que obligaran a las empresas de inversión, entre otras cuestiones, a «informarse de la situación financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversiones y sus objetivos en lo que se refiere a los servicios solicitados [...]; a transmitir de forma adecuada la información que proceda en el marco de las negociaciones con sus clientes».

El alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor es detallado en las normas reglamentarias de desarrollo de la LMV. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por razones temporales, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta 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 sus clientes información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. Especial rigor se preveía en lo relativo a la información que las empresas debían facilitar a sus clientes (art. 5 del anexo): 1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...]. 3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa,

suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos».

Y como se expresa en la STS núm. 102/2016, de 25 de febrero, para que exista asesoramiento 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 la demandante y la entidad financiera. Basta 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.

Además, como también se expresa por el Tribunal Supremo, para la entidad de servicios de inversión 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, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión 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.

Y como expresa la SAP de Madrid, Sección 20a, de 23 de febrero de 2016 (ROJ: SAP M 2018/2016 - ECLI:ES:APM:2016:2018), con cita de la SAP de Madrid, Sección 14a, de 2 de diciembre de 2014, la existencia y extensión del deber de asesoramiento por parte de las entidades financieras cuando prestan determinados servicios bancarios, no deriva necesariamente de la existencia de pactos escritos, por cuanto la existencia de dicha relación jurídica era posible, conforme a la inicial Ley del mercado de Valores, en cuanto en todo momento se ha exigido a las empresas autorizadas para actuar en dicho ámbito, un especial deber de diligencia, información y defensa de los intereses de sus clientes. Como señala la STS de 20 de enero de 2014, con base en lo que señala la STJUE de 30 de mayo de 2013 -caso Genil 48 S.L. (C-604/2011)-, la 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 sí, sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente.

Fijado el marco normativo en relación a las obligaciones de la entidad financiera respecto a la información a facilitar en la contratación de productos financieros complejos, procede examinar si en el supuesto planteado la entidad bancaria cumplió su obligación de información teniendo presente el perfil del cliente, la iniciativa para la contratación del producto y los documentos e información oral previos a la contratación. Efectivamente, no podemos olvidar que corresponde a la entidad bancaria la carga de acreditar que proporcionó al cliente la información que exigen dichos preceptos. Esta obligación debe cumplirse especialmente en la fase precontractual con información suficiente entrega de

folletos o documentos informativos, así como, posteriormente, a través de la redacción de los contratos que deben ser comprensibles.

Y en primer lugar, respecto al perfil inversor, no consta que el actora Sra. [REDACTED] fuese calificada como cliente profesional por lo que debe concluirse que tenían un perfil minorista. La propia actora, que en el momento de la contratación se define como una ama de casa, si bien casada con un comerciante al por mayo de maquinaria, fallecido en el año 2014, ajena y desconocedora del mundo de la Banca o de las finanzas, que se dejó aconsejar por las recomendaciones de los empleados de su gestor, que se refirió a los productos como depósito estable y seguro, con el perfil de un ahorrador conservador que busca obtener una rentabilidad de su capital pero sin poner el mismo en riesgo, primando la seguridad e integridad del capital por encima de la rentabilidad. En este sentido, siguiendo la SAP de Madrid, Sección 14a, de 11 de diciembre de 2017 (ROJ: SAP B 12447/2017 -ECLI:ES:APB:2017:12447), se podría decir que es un hecho notorio que el concepto bonos u obligaciones de renta fija están ligados a la creencia popular de producto seguro (en contrapartida con la renta variable) y de ahí que se hicieran tan populares entre clientes minoristas, encontrándonos con la falsa idea de que la renta fija es un producto seguro cuando cualquier producto de inversión conlleva siempre riesgos en mayor o menor medida. Es más, ni tan siquiera tiene porque ser más segura que la renta variable pues más relevante que la adscripción de un producto a una u otra categoría, son sus concretas características y por ello pueden encontrarse en el mercado producto de renta fija de elevado riesgo y productos de renta variable que se consideran de escaso o bajo riesgo.

Es cierto, como así se deduce del ya citado extracto de "composición cartera de valores" aportada como documento no 2 con el escrito de demanda, que el actor también había invertido 80 títulos en otro producto de renta fija -KAUPTHING BANK-, y que tenía contratadas varias participaciones preferentes, por un importe total de 69.880 euros. No obstante, esta actividad inversora difícilmente puede tomarse como reveladora del conocimiento y comprensión por el actor del funcionamiento y riesgos de los bonos objeto del pleito, o lo que es lo mismo, que tuviera conocimientos y capacidad para discernir sin más asesoramiento ó información las características y riesgos de la operación objeto de la Litis y, por ende, si la suscripción de los bonos AISA era una operación o no adecuada a sus objetivos de inversión. De esta forma, serían plenamente trasladables al presente supuesto los razonamientos de la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 y de la STS de 16 de septiembre de 2015 cuando argumenta que, "que la demandante hubiera hecho algunas inversiones no la convierte tampoco en cliente experta, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera a la demandante una información adecuada para contratar el producto conociendo y asumiendo los riesgos de una inversión compleja y sin garantías. La contratación de algunos productos de inversión ... sin que el banco pruebe que la información que dio a la cliente fue mejor que la que suministró en el caso objeto del recurso, y en concreto, que fue la exigida por la normativa del mercado de valores, solo puede indicar la reiteración de la entidad financiera en su conducta incorrecta, no el carácter experto del cliente". Igualmente, expresa la SAP de Madrid, Sección 14a, de 24 de enero de 2018 (ROJ: SAP M 1560/2018

-ECLI:ES:APM:2018:1560), que no aceptamos que las empresas de inversión queden liberadas de su obligación de prestar la información necesaria por el hecho de que el cliente hubiese contratado con anterioridad productos de riesgo, sobre todo cuando desconocemos como se llegaron a contratar aquellos productos, la información que el cliente recibió, si las circunstancias económicas habían puesto de manifiesto los riesgos y verdadera naturaleza de los productos de inversión que se habían contratado con anterioridad, y, por otra parte, dichos productos no son iguales ni semejantes a la adquisición de bonos AISA por lo que es imposible que de tal hecho podamos aceptar que tenía los conocimientos necesarios que nos permitan afirmar que la demandante estaba bien informada cuando suscribió el contrato.

En relación con la iniciativa para la contratación del producto no se ha probado que el actor mostrara interés en contratar los bonos, debiendo considerarse que dado que era un producto respecto al que BANKPIME asumió la comercialización en exclusiva debió de ofertárselo y éste confió en la entidad respecto a las ventajas del producto. Es decir, ni consta que el actora fuera inversora de alto riesgo, ni que, no siéndolo, se hubiera empeñado en la adquisición del citado producto financiero, como así expresamente puso de manifiesto el empleado de la demandada Sr. [REDACTED] en la testifical llevada a cabo en el acto del juicio oral, alegando que: recuerda a los demandantes que fueron clientes desde 1990 hasta el 2014, los atendía habitualmente, que eran personas de nivel medio-normal, no teniendo conocimientos específicos. Tenían un dinero que habían ahorrado y querían una renta para sumar a la pensión de jubilación. Que Bankpime era como una "boutique de inversión", se les daba una orientaciones y los clientes elegían. Que la declarante le llegaba a los una ficha comercial, donde le ponían las características del producto para ofertar, no tenían folletos de emisión, no los ha visto nunca, sólo se les entregaba a los mismos una orden de compra a los clientes con sus datos. Cree que no entendía bien los productos, sólo quería invertir unos ahorros para unir a la pensión de jubilación. ", con todo ello viene la parte a acreditar las obligaciones que viene poniendo de manifiesto en virtud del Principio de la carga de la prueba establecido en el art. 217 de la LEC, en cuanto a la información verbal facilitada, se desconocen las explicaciones ofrecidas al actor sobre la naturaleza del producto y los riesgos del mismo. Y en cuanto a la información escrita, resulta que la orden de suscripción ni siquiera ha sido aportada a las actuaciones y la nota de valores o folleto informativo, que tampoco ha resultado acreditado que se explicara ni entregara al actor, resulta difícil de comprender por una persona sin formación económica-financiera, como es el caso -para la SAP de Guipúzcoa, Sección 3a, de 11 de diciembre de 2017 (ROJ: SAP SS 1015/2017 ECLI:ES:APSS:2017:1015), se trata de un documento con contenido y términos caracterizados por su tecnicidad, de los que no cabe predicar precisamente las cualidades de literosuficiencia o que se trate de documentos autoexplicativos, para que personas ajenas al ámbito financiero y del mercado de valores, como es el caso, puedan conocer el alcance de la inversión que están realizando y de los riesgos que comporta, si no van acompañadas de una explicación por parte de los empleados del banco con un lenguaje claro, sencillo y comprensible-; no existiendo en definitiva constancia documental alguna en los autos que nos permita establecer qué información concreta se ofreció previamente

a la suscripción de los bonos. Además, como expresa la SAP de Madrid, Sección 14a, de 24 de abril de 2017 (ROJ: SAP M 7732/2017 - ECLI:ES:APM:2017:7732), no puede considerarse que su alta rentabilidad fuera consecuencia del riesgo asumido. Según resulta de la orden de compra el rendimiento ofrecido era del 5% cuando en ese mismo año, 2006, el interés legal del dinero era del 4%, por lo que no se estima que el producto contratado ofreciera una alta rentabilidad equiparable al riesgo asumido.

Debiendo de concluir que no existió una efectiva información contractual previa en términos claros y comprensibles, atendido el perfil del cliente, y en concreto sobre riesgos más típicos o característicos: que el cobro de los intereses prometidos y la restitución del capital no contaba con más garantía que la de la propia sociedad emisora; cuando ya el artículo 79.1 de la LMV aquí aplicable ya imponía a las empresas de servicios de inversión, en méritos de la regla de buena práctica encerrada en la expresión "conoce a tu cliente", la necesidad de asegurarse de que disponían de toda la información necesaria sobre sus clientes, especificando el artículo 4.1 del anexo del Decreto 629/1993 que las entidades deben informarse sobre la situación financiera y experiencia inversora de los clientes e incluso de sus objetivos de inversión cuando ello sea relevante para los servicios que se vayan a proveer. Parafraseando la SAP de Guipúzcoa, Sección 3a, de 11 de diciembre de 2017 (ROJ: SAP SS 1015/2017 ECLI:ES:APSS:2017:1015), nos encontramos ante un supuesto de asimetría informativa en términos del Tribunal Supremo. Y ese desequilibrio o asimetría informativa determina para la entidad bancaria una exacerbación de la observancia de una mayor diligencia a la hora de prestar la información necesaria y adecuada previamente a la suscripción del contrato, teniendo declarado el Tribunal Supremo que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente. Y que no se cumple este requisito cuanto tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto, y sólo se facilita en el momento mismo de la firma del documento contractual, inserta dentro de una reglamentación contractual que por lo general es extensa.

Como recoge la STS de 12 de enero de 2015, "cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, y le impone esa obligación con carácter previo a la celebración del contrato y con suficiente antelación, lo que implica que debe facilitar la información correcta en la promoción y oferta de sus productos y servicios y no solamente en la documentación de formalización del contrato mediante condiciones generales, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (art. 12 Directiva y

5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo) , en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico".

En conclusión, el incumplimiento grave de los deberes de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero, en concreto del art. 79. Bis 6 LMV impone a quien presta un servicio de asesoramiento financiero una determinada relación de causalidad, que constituye el título jurídico de la imputación de la responsabilidad de los daños y perjuicios sufridos, en virtud de lo expresamente establecido en el art. 1.101 del CC.

En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento". Habiéndose reiterado esta doctrina jurisprudencial en otras sentencias posteriores de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Así en la número 376/2015 de 7 de julio de 2015 (no de recurso 1603/2015); 718/2016 de 1 de diciembre de 2016 (no de recurso 1400/2014); 734/2016 de 20 de diciembre de 2016 (no de recurso 1624/2016). *De esta doctrina jurisprudencial se desprende la prohibición radical y absoluta de identificar la consumación del contrato con su celebración. Pero tampoco se lleva la consumación al momento en que el cliente- demandante tuvo conocimiento de los riesgos del producto financiero sino desde el momento en que ese cliente-demandante, si hubiera desplegado por su parte una diligencia razonable, hubiera tenido conocimiento de los riesgos del producto financiero. Y, ese momento en que ya no puede el cliente-demandante invocar ignorancia de los riesgos del producto financiero, es el del inicio del cómputo del plazo de 4 años. De las cuatro sentencias de la Sala de lo Civil que han tratado este tema y que hemos reseñado, la primera de ellas se limita a establecer la doctrina jurisprudencial y rechazar la identificación de consumación con celebración del contrato pero sin concretar la fecha inicial del cómputo. Pero en las otras tres sí se concreta. Y así en la sentencia 376/2015 de 7 de julio de 2015, referida a un bono emitido por Lehman Brothers con un interés fijo de 7,25% durante los 5 primeros años y luego variable, se concreta el momento en la fecha en la que el Banco (Bankinter) le comunica al adquirente la quiebra de Lehman Brothers (septiembre de 2008). En la sentencia 718/2016 de 1 de diciembre de 2016, referida a unas aportaciones financieras subordinadas de Eroski que devengaban unos cupones en favor del adquirente, se concreta el momento en la fecha en la que se cesó en el pago de los cupones (31 de enero de 2013). Y en la sentencia 734/2016 de 20 de diciembre de 2016, referida a unas participaciones preferentes Caixa Galicia Serie A, se concreta el momento en la fecha en que la entidad de crédito fue intervenida por el FROB (30 de septiembre de 2011).*

Debiendo de haberse ajustado la actuación de la Entidad, así como del gestor a que: 1.-Al cliente debe, ante todo, clasificársele en profesional y minorista, siendo clientes profesionales, con carácter general, aquéllos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos, y, en particular, tan sólo tendrán la consideración de clientes profesionales aquellos que se enumeran en el apartado 3 del artículo 78 bis de la ley de Mercado de Valores, mientras que, todos los demás clientes, se considerarán minoristas. 2.-En cuanto a la obligación de dar o proporcionar información a los clientes, deberá ser una información imparcial, clara y no engañosa (siendo claramente identificables, como tales, las comunicaciones publicitarias), debiendo incluir, en todo caso de manera comprensible, la empresa de inversión y sus servicios (reseñando los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente), los instrumentos financieros y las estrategias de inversión propuestas (con referencia específica a las orientaciones y advertencias apropiadas acerca de los riesgos asociados a las inversiones en estos instrumentos o en relación con estrategias de inversión particulares), centro de ejecución de órdenes y gastos y costes asociados, para que les permita a los clientes, en lo posible, comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, pudiendo, en consecuencia, decidir si les conviene invertir en eses concreto producto financiero (artículo 19 apartado 2, 3 y 8 de la Directiva 2004/39/CE y artículo 79 bis apartados 2, 3 y 4 de la Ley de Mercado de Valores). 3.- Respecto a la obligación de obtener información de los clientes, la entidad deberá hacer, a cada uno de los clientes, un test o cuestionario. Y, el contenido de este test o cuestionario, será distinto atendiendo al dato de que la entidad " preste asesoramiento en materia de inversiones o realice gestión de carteras" para el cliente, en cuyo caso le tendrá que hacer una "evaluación de idoneidad" (artículo 19 apartado 4 de la Directiva 2004/39/CE, artículo 79 bis apartado 6 de la Ley de Mercado de Valores, artículo 35 de la Directiva 2006/73/CE y artículo 72 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero). Mientras que si la entidad "no" presta asesoramiento en materia de inversiones ni realiza gestión de carteras para el cliente basta con que se le haga una "evaluación de conveniencia" (artículo 19 apartado 5 de la Directiva 2004/39/CE, artículo 79 bis apartado 7 de la Ley de Mercado de Valores, artículo 36 de la Directiva 2006/73/CE y artículo 73 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero). Y lo que debe entenderse, a estos efectos, por "prestar asesoramiento en materia de inversiones", lo indica la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta; Caso Genil 48 s.l. y otros contra Bankinter s.a. y otros) de 30 de mayo de 2013 (TJCE\2013\142) en sus apartados 49 a 55 y declaración 2 ("el hecho de ofrecer un contrato de permuta financiera a un cliente con objeto de cubrir el riesgo de variación del tipo de interés de un producto financiero que ha suscrito dicho cliente es un servicio de asesoramiento en materia de inversión, siempre que la recomendación relativa a la suscripción de ese contrato de permuta se dirija a dicho cliente en su calidad de inversor, que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público").

1.-La finalidad de la " evaluación de idoneidad" radica en que, la entidad, le pueda recomendar, al cliente, los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan, y, para ello, la información que deberá obtenerse será la necesaria sobre los conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio, la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente o posible cliente (artículo 19 apartado 4 de la Directiva 2004/39/CE, artículo 79 bis apartado 6 de la Ley de Mercado de Valores, artículo 35 de la Directiva 2006/73/CE y artículo 72 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero). Y, cuando la entidad no obtenga la información propia de la evaluación de idoneidad, se abstendrá de recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros a sus clientes o posibles clientes (artículo 79 bis apartado 6 de la Ley de Mercado de Valores).

2.- La finalidad de la " evaluación de conveniencia" radica en que, la entidad, pueda evaluar si el servicio o producto de inversión previsto es adecuado para el cliente, y, para ello, la información que deberá obtener recaerá sobre los conocimientos y experiencia del cliente en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado (artículo 19 apartado 5 párrafo primero de la Directiva 2004/39/CE, artículo 79 bis apartado 7 párrafo primero de la Ley de Mercado de Valores, artículo 36 de la Directiva 2006/73/CE y artículo 73 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero). En el caso de que el cliente no proporcione la información propia de la evaluación de conveniencia o ésta fuera insuficiente, deberá la entidad advertir al cliente que no puede determinar si el servicio de inversión o el producto previsto es adecuado para él. Y si, en base a la información obtenida con la evaluación de conveniencia, considera la entidad que el producto o el servicio de inversión no es adecuado para el cliente tiene que advertirle su inadecuación (artículo 79 bis apartado 7 párrafo segundo de la Ley de Mercado de Valores).

D/ Excepcionalmente la entidad no tendrá, para con su cliente, la doble obligación de obtener y darle o proporcionarle información en el caso de que se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a normas europeas comunes para entidades de crédito y créditos al consumo relativas a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información (artículo 19 apartado 9 de la Directiva 2004/39/CE y artículo 79 quáter de la Ley de Mercado de Valores). Supuesto excepcional que debe interpretarse en el sentido de que, por una parte, un servicio de inversión solo se ofrece como parte de un producto financiero cuando forma parte intrínseca de éste en el momento en que dicho producto financiero se ofrece al cliente y, por otra parte, lo dispuesto en la legislación de la Unión y en las normas europeas comunes a las que se refiere el precepto debe permitir una valoración del riesgo de los clientes o establecer requisitos de información que incluyan asimismo el servicio de inversión que forma parte intrínseca del producto financiero de que se trate, para que este servicio deje de estar sujeto a la doble obligación de obtener y dar o proporcionar información, tal y como se recoge en la declaración 1 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta; Caso Genil 48 s.l. y otros contra Bankinter s.a. y

otros) de 30 de mayo de 2013 (TJCE \2013\142) y lo desarrolla en sus apartados 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47 y 48.

También excepcionalmente la entidad no tendrá para con su cliente la obligación de obtener información mediante la práctica de la evaluación de conveniencia cuando, prestando la entidad el servicio de ejecución o recepción y transmisión de órdenes de clientes, con o sin prestación de servicios auxiliares, se cumplan las siguientes condiciones: a) Que la orden se refiera a acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; a instrumentos del mercado monetario; a obligaciones u otras formas de deuda titulizadas, salvo que incorporen un derivado implícito; a instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo y a otros instrumentos financieros no complejos; b) que el servicio se preste a iniciativa del cliente; c) que la entidad haya informado al cliente con claridad de que no está obligada a evaluar la adecuación del instrumento ofrecido o del servicio prestado y que, por tanto, el cliente no goza de la protección establecida en el apartado anterior; d) que la entidad cumpla lo dispuesto en la letra d del apartado 1 del artículo 70 y en el artículo 70 ter 1 d de la Ley de Mercado de Valores (artículo 19 apartado 6 de la Directiva 2004/39/CE y artículo 79 bis apartado 8 de la Ley de Mercado de Valores).

Igualmente con carácter excepcional, al obtener la información la entidad de su cliente mediante la evaluación de idoneidad, no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente en el caso de que se trate de un cliente profesional (artículo 79 bis apartado 6 última frase de la Ley de Mercado de Valores).

SEXTO.- En atención al artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de este procedimiento se imponen a la parte demandada, dada la íntegra estimación de la demanda.

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

1

FALLO

QUE ESTIMO la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Moratal Sendra en nombre y representación de [REDACTED] en interés de su asociada D^a [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] contra CAIXABANK S.A., representado por la Procuradora Sra.Sanchiz Mendoza. Y DECLARO: 1.- El incumplimiento por parte de CAIXABANK S.A. de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la compraventa de las participaciones preferentes de Kaupthing Bank y de los bonos de Fergo Aisa, Y CONDENO a la demandada al pago en concepto de daños y perjuicios en la cantidad de 99.238,00 € a favor de D^a [REDACTED] [REDACTED] más los gastos de custodia vinculados a estos valores y más los intereses legales que correspondan de tales conceptos desde la fecha de la presente demanda, con compensación de los importes percibidos en concepto de

rendimientos o cupones y sus rendimientos. 2.- Debiendo de proceder a la restitución de los títulos a CAIXABANK S.A. o a quien por esta se designe Y al pago de las costas procesales causadas a la demandada.

Notifíquese la presente resolución a las parte intervinientes, haciéndoles saber la presente no es firme y que procede interponer contra la misma recurso de apelación en el plazo de 20 DIAS, a contar desde el día siguiente al de su notificación, ante este mismo juzgado para ante la Audiencia Provincial, en virtud de lo establecido en el art. 455 de la LEC.

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

PUBLICACIÓN.- Estando celebrando su S.S^a audiencia publica, junto con las partes litigantes y con la asistencia de la L.A.J, se procedió a la lectura de la resolución en el día de la fecha, de lo que doy fe.