

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 5 DE DENIA

Procedimiento: Procedimiento Ordinario [ORD] - 000585/2019-PE

De: D/ña. JOSE MANUEL [REDACTED]
Procurador/a Sr/a. CALVO SOLER, CATALINA DEL LORETO
Contra: D/ña. BANKIA S.A
Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

SENTENCIA N° 000264/2019

MAGISTRADA-JUEZ: D/D^a MARIA LUISA FAYOS BONELL

Lugar: DÉNIA

Fecha: veintiocho de noviembre de dos mil diecinueve

Vistos en juicio oral y público por Ilma Sra Dña Marisa Fayos Bonell, Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia nº5 de Denia y su partido las presentes actuaciones de JUICIO ORDINARIO 585/19 seguidas a instancia de DON JOSE MANUEL [REDACTED] representado por Procurador de los Tribunales [REDACTED] y actuando bajo dirección técnica de letrado Don Juan Pablo Palomar Pérez sustituido por su compañero Don Jose de Bellmont Regudón y contra BANKIA representada por Procurador de los Tribunales Don [REDACTED] y con dirección técnica de letrado Don [REDACTED] sustituido por su compañero Don Eduardo [REDACTED] ejercitando la acción de reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por la representación de DON JOSE MANUEL [REDACTED] se interpuso demanda de Juicio ordinario solicitando se dictara sentencia por la que se DECLARE que la demandada es responsables del incumplimiento del deber de diligencia, transparencia e información incurrido en la comercialización al actor de las CUOTAS PARTICIPATIVAS DE LA CAJA DE AHORROS DEL MEDITARRANEO en la responsabilidad derivada de la prestación de servicios de asesoramiento en materia de inversión en una venta/colocación de CUOTAS PARTICIPATIVAS y al amparo del artículo 1101 del CC y se CONDENE por dolo y/o negligencia a INDEMNIZAR AL DEMANDANTE por los daños y perjuicios sufridos, equivalentes a la pérdida patrimonial experimentada- Esta pérdida de valor quedará determinada por la diferencia entre precio de adquisición del producto 131.620,82 euros menos su valor actual, menos los cupones o dividendos abonados al actor consecuencia de la inversión más los intereses legales, de esta cantidad desde la fecha de la demanda, hasta la sentencia y los intereses del artículo 576 de la LEC desde la fecha de la sentencia y hasta su completo pago y con imposición de costas a la parte demandada.

SUBSIDIARIAMENTE solicitaba para el caso de no estimar que hubo servicio de asesoramiento en materia de inversión, sino la prestación de un servicio de inversión consistente en la recepción de una orden con respecto a la contratación del antedicho producto, se **DECLARE** que la demandada es responsable del incumplimiento del deber de diligencia, transparencia e información incurrido en el servicio de inversión consistente en la recepción y ejecución de una orden con respecto a la contratación de **CUOTAS PARTICIPATIVAS DE CAM** Y al amparo del artículo 1101 del CC y se **CONDENE** por dolo y/o negligencia a **INDEMNIZAR AL DEMANDANTE** por los daños y perjuicios sufridos, equivalentes a la pérdida patrimonial experimentada- Esta pérdida de valor quedará determinada por la diferencia entre precio de adquisición del producto 131.620,82 euros menos su valor actual, menos los cupones o dividendos abonados al actor consecuencia e la inversión más los intereses legales, de esta cantidad desde la fecha de la demanda, hasta la sentencia y los intereses del artículo 576 de la LEC desde la fecha de la sentencia y hasta su completo pago y con imposición de costas a la parte demandada.

Alegaba como fundamento de sus pretensiones, que el actor era cliente y tenía vinculación con la CAM desde siempre, siendo persona de estudios de diplomatura en Marketing y Diplomatura en Mediación de Seguros trabajando en una empresa familiar de correduría de Seguros por lo que carecía de formación financiera o bancaria. Que en esta situación en agosto de 2011, un empleado de la entidad que contactaba habitualmente con él le ofreció la posibilidad de destinar una cantidad de dinero a la suscripción de productos, indicando el actor que necesitaba un depósito a plazo fijo, sin riesgo y con plena disponibilidad de capital, para reservar ese dinero y tenerlo disponible en caso de necesidad. El personal de la Caja le transmitió que no había que preocuparse, que ellos se encargaban de todo, y de por ello adquirió el 31/08/2011 46.931 títulos de cuotas participativas por importe de 131.620,82 euros. La entidad no dio información de la naturaleza del producto, no hizo test de idoneidad cuando tenía obligación de hacerlo infringiendo el artículo 79 bis de la LMV. El cliente era minorista y por ello es más reprochable el incumplimiento al adoptar una iniciativa de recomendar al cliente un producto complejo y de extremado riesgo.

Hubo un servicio de asesoramiento basta que la iniciativa de contratar partiera de la entidad, la demandada aconsejó comprar un producto complejo y de riesgo elevado, que puede generar la pérdida del capital invertido, según la situación del mercado.. La demandada no cumplió sus obligaciones legales y ofreció sin informar correctamente la naturaleza del producto, ni le entregó documentación alguna explicativa del producto, ni siquiera en la orden de compra consta características del producto. En todo caso, aunque se le hubiera entregado información, o la habría entendido, dados los nulos conocimientos financieros.

La demandada está sujeta a indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento doloso y negligente de su obligación de información.

La acción no ha prescrito, el plazo es de 15 años, en todo caso se aplicaría la DT5º de la Ley 42/2015 en relación con el artículo 1933 del CC

SEGUNDO : Admitida a trámite la demanda, se emplaza a la demandada que comparece y se OPONE.

Alegaba como fundamento de su oposición que se suministró información completa sobre la naturaleza y riesgos del contrato, que la acción de daños y perjuicios por incumplimiento del deber de información precontractual exige contrato válido y posterior

incumplimiento, y el demandante en todo caso, no ha reclamado desde que adquirió y menos desde que se amortizaron el 27/03/2014 habiendo transcurrido más de 5 años desde la pérdida. El demandado solo cumplió orden del actor según el contrato marco firmado el 12/7/2011, que se suscribe un mes antes de la adquisición de las cuotas. El contrato no es de asesoramiento, ni de gestión discrecional de cartera y por ello Bancaja no respondía. La entidad no ofreció la contratación pues el contrato marco no es de asesoramiento, y en todo caso Bancaja hoy Bankia actuó como intermediario. Se ha firmado un contrato, no es aplicable la jurisprudencia que reconoce que hay asesoramiento si hay recomendación personalizada. Se calificó al actor como minorista y suministró toda la información. No hay dolo, Bankia no podía saber que la CAM iba a ser rescatada y conflicto de intereses tampoco. Hay retraso desleal en el ejercicio de las acciones han transcurrido 8 años sin que haya habido reclamación previa a la demanda.

TERCERO: Contestada la demanda se señala día para la Audiencia Previa. Llegado el día comparecen todos abierto el acto y no habiendo acuerdo, se fija el hecho controvertido y se propone prueba y admitida la propuesta consistente únicamente en documental quedaron los autos sobre mesa judicial con el resultado que obra en el acta fijada en soporte audiovisual.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: En primer lugar, hemos de indicar que la actora, insta la acción de daños y perjuicios derivada de incumplimiento contractual del artículo 1101 del CC estableciendo *“Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”*, y en concreto la normativa bancaria y de consumidores y usuarios de aplicación al caso.

En concreto, tal y como como resulta del SUPPLICO de la demanda, y de los Fundamentos de Derecho, la actora funda la acción la acción de reclamación de cantidad por incumplimiento de los deberes de información exigidos a la entidad financiera, remitiéndose la actora a los artículos 79 y 79 bis de la Ley 24/1988 de mercado de valores, así como al RD 629/1993 artículo 4 y 5 que regulan el deber de información a los clientes por las entidades de inversión se deduce que la acción ejercitada es la de responsabilidad contractual, derivada del incumplimiento del deber de información exigido a la entidad financiera respecto de su cliente.,

En este sentido hemos de tener en cuenta que es doctrina reiterada Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1.999 y de 23 de diciembre de 2.004 *“Los datos fácticos que integran este elemento del objeto del proceso y que sirven para valorar si concurre una conducta culposa, como presupuesto de la responsabilidad (contractual, extracontractual, o legal), sí corresponde aportarlos y probarlos a las partes, pero la calificación de la culpa, o la determinación de que modalidad o entidad de culpa concurre, es “questio iuris”, y, si no altera la acción, forma parte del “iura novit curia”, y lo que es previsible en el discurso jurídico no pueda dar lugar a indefensión.”*. Y, por su parte, en la segunda de las

Sentencias citadas también declara el Tribunal Supremo, *"Pero no es menos cierto que en otras muchas sentencias esta Sala, desde los principios de la unidad de la culpa civil y la yuxtaposición de responsabilidades contractual y extracontractual, ha venido declarando que lo único vinculante para el juzgador, desde el punto de vista de la congruencia, son los hechos de la demanda, gozando en cambio de libertad para encuadrar la conducta del demandado en la culpa contractual o en la extracontractual por corresponder a sus facultades de aplicación de la norma pertinente conforme al principio "iura novit curia"; así, sentencias de 15 de junio de 1996 (recurso núm. 3269/92) 18 de febrero de 1997 (recurso núm. 892/93) 24 de julio de 1998 (recurso núm. 918/94) 17 de septiembre de 1998 (recurso núm. 2107/94) 16 de octubre de 1998 (recurso núm. 2165/94) 28 de diciembre de 1998 (recurso núm. 925/94), 8 de abril de 1999 (recurso núm. 3420/94) , que da por definitivamente asentada la doctrina de la unidad de la culpa civil y la integración de la causa de pedir únicamente por los hechos de la demanda, 24 de diciembre de 1999 (recurso núm. 1023/95) 29 de diciembre de 2000 (recurso núm. 3602/95 y 3 de diciembre de 2001 (recurso núm. 2323/1996) mereciendo destacarse, dentro también de esta línea, la sentencia de 6 de mayo de 1998 (recurso núm. 710/94 en cuanto extiende la libertad del juzgador a la consideración del plazo de prescripción aplicable."* Por todo lo anterior, y dado el relato de hechos y de derecho de la demanda, claramente podemos afirmar que se acciona contra la entidad bancaria por incumplimiento de obligaciones contractuales de información y actuación conforme a la normativa bancaria.

En consecuencia, hemos de entrar a valorar si efectivamente la demandada incumplió el deber de información, y si el mismo constituye un incumplimiento de su obligación bancaria y con ello se causa un perjuicio al cliente.

SEGUNDO: La actora exige la responsabilidad por negligencia o dolo en el cumplimiento del deber de asesoramiento correcto, se opone por la demandada que hay un ejercicio tardío o desleal del derecho. La compra de los títulos tiene lugar en el año 31/08/2011, por lo que a fecha de la demanda habría transcurrido el plazo de 8 años.

La doctrina reiterada de la sentencia del TS de 26 /09/ 2013, dice *"como afirma la STS 769/2010, de 3 diciembre "Se considera que son características de esta situación de retraso desleal (Verwirkung): a) el transcurso de un periodo de tiempo sin ejercitar el derecho; b) la omisión del ejercicio; c) creación de una confianza legítima en la otra parte de que no se ejercitará. En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado en temas directamente relacionados con esta cuestión, si bien en la mayoría de las sentencias se produce una remisión bien a la doctrina de los actos propios (SS por ejemplo, 16 febrero 2005 (RJ 2005 ,*

1300), 8 marzo (RJ 2006, 5707) y 12 abril 2006 , entre otras), bien a la doctrina del abuso del derecho (entre otras, SSTS 17 junio 1988 (RJ 1988 , 5113), 21 diciembre 2000 (RJ 2001, 1082) y todas las allí citadas)". STS Civil del 12 de Diciembre del 2011 (RJ 2012, 32), recurso: 1830/2008 .

La doctrina del retraso desleal considera contrario a la buena fe un ejercicio del derecho tan tardío que lleve a la otra parte a tener razones para pensar que no iba a actuarlo (SSTS de 21 de mayo de 1982 (RJ 1982 , 2588), 21 de septiembre de 1987 , 13 de julio de 1995 (RJ 1995 , 5963), 4 de julio de 1997 (RJ 1997, 5842)). Para la aplicación de la doctrina es necesario que la conducta de una parte pueda ser valorada como permisiva de la actuación de la otra parte, o clara e inequívoca de la renuncia al derecho, pues el mero transcurso del tiempo, vigente la acción, no es suficiente para deducir una conformidad que entrañe una renuncia, nunca presumible (STS de 22 de octubre de 2002 (RJ 2002, 8970), RC n.º 901/1997). STS del 07 de Junio del 2010 (RJ 2010, 5376, recurso: 1039/2006 ". Aclarando la sentencia de 1 de abril de 2015 que "el retraso desleal , que opera necesariamente antes del término del plazo de prescripción extintivo de la acción, encuentra su específico fundamento de aplicación como una de las formas típicas de los actos de ejercicio extralimitado de los derechos que suponen una contravención del principio de buena fe (artículo 7.1 del Código Civil). De forma que para su aplicación se requiere, aparte de la natural omisión del ejercicio del derecho y un transcurso dilatado de un periodo de tiempo, de una objetiva deslealtad respecto de la razonable confianza suscitada en el deudor acerca de la no reclamación del crédito. Confianza que debe surgir, necesariamente, de actos propios del acreedor a tal efecto (STS de 15 de junio de 2012, núm. 399/2012 (RJ 2012, 6719) " .

En el presente caso, no consta en autos prueba alguna que permita concluir que la demandada pudiera estimar que la actora no ejercitaría su derecho, como vemos no es suficiente el silencio o tardanza en e ejercicio se exige un plus para la aplicación de esta doctrina pues de otro modo operaría el instituto de la prescripción.

TERCERO: Visto lo anterior, y entrando en el estudio de la acción ejercitada, en primer lugar se plantea la cuestión de la naturaleza jurídica de la relación entre las partes.

El art. 63, apdo. 1, letra g) de la Ley de Mercado de Valores (de acuerdo con la redacción que le confiriera el apdo. 31 del artículo único de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modificó la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores («BOE» de 20 de diciembre) distingue normativamente qué comportamiento constituye «asesoramiento» y qué conductas no se integran en esta noción al señalar que «1. Se considerarán servicios de inversión los siguientes: [...] g) El asesoramiento en materia de inversión, entendiéndose por tal la prestación de recomendaciones personalizadas a un

cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros. No se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos de lo previsto en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial. ...». A su vez, el art. 5, apdo. 1, letra g) del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre («BOE» núm. 41, de 16 de febrero), dispone que «1. Las empresas de servicios de inversión, conforme a su régimen jurídico específico, podrán realizar los siguientes servicios de inversión: [...] g) El asesoramiento en materia de inversión, entendiéndose por tal la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros.

No se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos de lo previsto en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial. Asimismo, tampoco se considerará recomendación personalizada las recomendaciones que se divulguen exclusivamente a través de canales de distribución o al público.

A tales efectos se entenderá por recomendación personal la recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor, o en su calidad de representante o apoderado de aquel.

La recomendación deberá presentarse como idónea para esa persona, basándose en una consideración de sus circunstancias personales y deberá consistir en una recomendación para realizar alguna de las siguientes acciones:

i) Comprar, vender, suscribir, canjear, reembolsar, mantener o asegurar un instrumento financiero específico.

ii) Ejercitar o no ejercitar cualquier derecho conferido por un instrumento financiero determinado para comprar, vender, suscribir, canjear o reembolsar un instrumento financiero. ...».

La STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011) establece que «[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 » (apdo. 53). Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE precisa que «se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)», y continua la STJUE “ «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» (apdo. 55).

Es doctrina del Tribunal SUPremo que el ofrecimiento ya constituye verdadero asesoramiento así en sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25/02/2016 "en este caso hubo asesoramiento , en tanto que los clientes adquirieron los diferentes productos -depósitos estructurados , obligaciones subordinadas y participaciones preferentes - porque les fueron ofrecidos por la empleada de "Caixa Catalunya" con la que tenían una especial relación. 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."

En el presente caso, la demandada niega que estemos ante un contrato de asesoramiento indicando que BANKIA (antes BANCAJA) operaba como mero intermediario. Basa su alegación en el contrato marco aportado como DOCUMENTO 1 de la contestación que ha sido además impugnado de contrario por la actora al no estar firmado.

Efectivamente esta alegación sería suficiente para no tener en cuenta dicho documento, pues no hay más prueba en autos que la mera documental y nada desvirtúa en este caso.

En todo caso, no consta en autos que el cliente tuviera o fuera inversor habitual, no se aporta documentación de los productos que haya podido adquirir además de las cuotas objeto de litigio. Tampoco, se ha aportado a autos la orden de compra firmada por el actor, ni consta documento ni prueba alguna en autos que permita concluir que fue el cliente quien solicitó o dio orden de adquisición de los títulos. Es más se aporta como documento 1 correos electrónicos entre el actor y el empleado de la entidad, del que resulta la relación de confianza y seguimiento que hacía la entidad en relación a la actividad comercial con la mercantil [REDACTED] SL respecto del movimiento de pagos de nóminas y facturas, nada se aporta sobre la compra de los títulos objeto de litigio. Por todo ello, podemos concluir que si el cliente adquirió dichos productos es porque le fueron ofrecidos por la entidad, no se trata inversor profesional sino cliente minorista conforme al artículo 79bis de la LMV no hay prueba que desvirtue esta circunstancia, ni tampoco concurre en autos prueba que permita concluir que la actora realizara operaciones de adquisición de productos complejos o de alto riesgo y que por ello la entidad solo cumpliera órdenes de adquisición como mero intermediario, debiendo concluir que nos encontramos ante una relación de asesoramiento, máxime cuando ni si quiera se ha aportado la orden de compra que debió ser emitida en su caso por el actor.

CUARTO: Entrando en el fondo del asunto, se alega por la actora que se ha incumplido el deber de información exigible legalmente como prestación derivada de todo contrato de contrato de asesoramiento esto es , que BANCAJA hoy BANKIA incumplió sus obligaciones leales de diligencia, lealtad e información, con ocasión de la adquisición que hizo de las cuotas participativas , y que ello le ha ocasionado un daño, materializado en el momento de su venta.

El art. 1101 del CC establece *"quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas"*

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de fecha 19/07/2018 establece *"Nos movemos, pues, en un alegado incumplimiento legal de información, que sería también un incumplimiento contractual, pues el artículo 1.258 del Código civil es claro cuando establece que desde la perfección del contrato las partes se obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley. Y, aunque tal precepto se refiere a las obligaciones una vez perfeccionado el contrato, es reiterada la jurisprudencia y la doctrina en el sentido de que también existen obligaciones derivadas de la fase precontractual y cuyo incumplimiento dará lugar a la culpa in contrahendo, la cual si bien no está regulada expresamente, se desprende del propio artículo 1258 del CC) y del artículo 1.101 y siguientes del mismo texto legal. En este sentido, la STS de 30 de diciembre del 2014 ha razonado que "Conforme al art. 1101 CC, el incumplimiento contractual puede dar lugar a una reclamación de una indemnización de los daños y perjuicios causados, lo que exige una relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño indemnizable. En este caso, el daño es la pérdida del capital invertido con la suscripción de las acciones preferentes por los demandantes por indicación del asesor del banco". Y es que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente, es 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 cuotas participativas adquiridas."*

El RD 629/1993 en su ANEXO bajo la rubrica *"Codigo de conducta de los Mercados de Valores"* establecía ya en el artículo 4 *"Las entidades solicitarán de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer."*, se trataba de un control similar al test de conveniencia, que luego se introduce en la reforma de la Ley 24/1988 para saber el nivel de conocimiento del cliente sobre el producto a invertir. Por su parte el artículo 5,1 establecía *"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."*. Por último el artículo 5, 7 del RD629/1993 imponía cuando había labor de asesoramiento, como es el caso, un *præscriptum* *"Las entidades que realicen actividades de asesoramiento a sus clientes deberán:*

a) *Comportarse leal, profesional e imparcialmente en la elaboración de informes.*

b) Poner en conocimiento de los clientes las vinculaciones relevantes, económicas o de cualquier otro tipo que existan o que vayan a establecerse entre dichas entidades y las proveedoras de los productos objeto de su asesoramiento.

c) Abstenerse de negociar para sí antes de divulgar análisis o estudios que puedan afectar a un valor.

d) Abstenerse de distribuir estudios o análisis que contengan recomendaciones de inversiones con el exclusivo objeto de beneficiar a la propia compañía.”.

Por su parte el artículo 79 de la LNMV establece como obligaciones esenciales de los servicios de inversión “*la de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo*”.

Así se indica que “*las sentencias de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre, y núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015, declararon que, en este tipo de contratos, la empresa que presta servicios de inversión tiene el deber de informar, y de hacerlo con suficiente antelación. El art. 11 de la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, establece que las empresas de inversión tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente «en el marco de las negociaciones con sus clientes». El art. 5 del anexo del RD 629/1993, aplicable a los contratos anteriores a la Ley 47/2007, exigía que la información «clara, correcta, precisa, suficiente» que debe suministrarse a la clientela sea «entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación». Y el art. 79 bis LMV reforzó tales obligaciones para los contratos suscritos con posterioridad a dicha Ley 47/2007.*

La consecuencia de todo ello es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente.”.

QUINTO. Vista la normativa aplicable y que nos encontramos ante un contrato o relación de asesoramiento en cuya virtud el actor adquirió los 46931 títulos de cuotas participativas como resulta del DOCUMENTO 3 de la demanda y no es hecho controvertido, no constando que fuera un experto en conocimientos financieros podemos concluir que efectivamente se le ofreció el producto.

Por último, no podemos ignorar que las cuotas participativas de las cajas de ahorros son valores negociables que representan aportaciones dinerarias de duración indefinida que pueden ser aplicadas en igual proporción y a los mismos destinos que los fondos fundacionales y las reservas de la entidad. Tienen carácter nominativo y, como tales, les será de aplicación el art. 22 del Real Decreto 116/1992, de 14 de febrero, sobre representación de

valores por medio de anotaciones en cuenta y compensación y liquidación de operaciones bursátiles, tal y como resulta del artículo 1 del RD 302/200.

Son, valores de renta variable, asimilables a las acciones con algunas diferencias. No confieren derecho de voto ni de asistencia a la Asamblea General, su vencimiento es perpetuo aunque la Caja puede decidir sobre su amortización y en cuanto a la prelación quedaría en último lugar para cobrar en caso de liquidación.

Son un producto complejo, de riesgo extremo que tampoco se ha puesto en entredicho y así se ha reconocido por la mayoría de las Audiencias.

Siendo un producto complejo la entidad bancaria debe prestar una información clara y precisa sobre el mismo al cliente. Pues en todo caso nos hallamos ante clientes minoristas, extremo que tampoco se ha puesto en entredicho.

Así viene establecido en el artículo 79 bis de la LMV vigente a la fecha de la adquisición, establece; "1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, *adecuadamente informados a sus clientes. En concreto su apartado tercero establece 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. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes...4. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.5. Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes. 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."

Además en los apartados siguientes del referido artículo 79 bis, se establecen unas condiciones para la obtención de la información, que debe responder a los objetivos de inversión del cliente, incluyéndose 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 y debe ser de tal naturaleza que el cliente pueda, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión. También se indica en este precepto que 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.

En el presente caso, no consta aportada a autos ni la orden de compra, ni test de conveniencia y ni de idoneidad, por lo que resulta difícil estimar que la entidad financiera cumpliera con su deber de información legalmente exigible.

En las Condiciones Generales del DOCUMENTO 1 de la contestación que ha sido impugnado por la actora, el referido contrato marco en el punto 8.5 dice *“Evaluación de la conveniencia y /o idoneidad”* y se contempla expresamente *“ En los supuestos en los que lo prevé la normativa de mercado de valores, BANCAJA requerirá al titular o autorizado, con carácter previo a la prestación del correspondiente servicio de inversión, la cumplimentación de un test de conveniencia y/o idoneidad aplicable. Caso de no cumplimenta el respectivo test, o que como resultado del mismo se trate de un producto inadecuado, se procederá a informarle. Bancaja presume que la información facilitada por el cliente para evaluar la conveniencia o idoneidad es veraz y actual, siendo responsabilidad exclusiva del titular o autorizado la falta de exactitud, actualidad y/o veracidad de la misma, así como su eventual desactualización”*

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha fecha 13 de marzo de 2017 señala en este punto *"Estas exigencias propias del test de conveniencia son menores que cuando debe valorarse la idoneidad del producto conforme al art. 79bis. 6 LMV (art19,4 Directiva 2004/39/CE)". El test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.(...).".*

Como vemos, no consta en autos documento alguno del que resulte no solo la realización del test de idoneidad o en su caso de conveniencia, ni siquiera la orden de compra, ni documento alguno que permita concluir que la demandada cumplió con su deber de información. Por todo lo anterior podemos concluir que en el presente caso, se ha

incurrido en infracción de los deberes básicos de información clara precisa e previo a la contratación del producto objeto de contrato.

En consecuencia, la actuación negligente de la entidad financiera en cuanto al cumplimiento del deber de información generó un daño patrimonial claro al cliente, desde el momento que las cuotas fueron amortizadas a valor cero ,perdiendo por ello la suma que aquí se reclama y todo ello derivado del incumplimiento del deber de información y por ello en aplicación del artículo 1104 del CC en relación con el artículo 1101 del CC que expresamente menciona en el cuerpo de demanda.

El mismo Tribunal Supremo en sentencia de 30 de diciembre de 2014 establece que "*conforme al art. 1.101 CC , el incumplimiento contractual puede dar lugar a una reclamación de una indemnización de los daños y perjuicios causados, lo que exige una relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño indemnizable. En este caso, el daño es la pérdida del capital invertido con la suscripción de las acciones preferentes por los demandantes por indicación del asesor del banco. No cabe 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 añade la misma resolución que "la pérdida casi total de la inversión es una consecuencia natural del incumplimiento contractual de la demandada, que opera como causa que justifica la imputación de la obligación de indemnizar el daño causado. El daño causado viene determinado por el valor de la inversión (...), menos el valor a que ha quedado reducido el producto (...) y los intereses que fueron cobrados por los demandantes. De tal forma que la indemnización deberá alcanzar la cifra resultante de esta operación y los intereses legales devengados por esta suma desde la interpelación judicial".*

SEXTO: Por todo lo anterior hemos de estimar la pretensión de la actora, y condenar a BANKIA a pagar a la actora la suma de 131.620,82 euros valor que abonó el actor al adquirir los títulos y que corresponden a la pérdida que sufrió el actor una vez fueron amortizadas las cuotas a valor cero siendo esto último hecho notorio y de todos conocido, y todo ello fue consecuencia del incumplimiento contractual como hemos indicado, nexo que ha sido destacado jurisprudencialmente como ya hemos indicado.

Como pide la actora habrá que descontarse , los cupones o dividendos abonados al actor consecuencia de la inversión y percibidos por la actora durante el tiempo en que las cuotas estuvieron activas , pues como hemos visto la STS de fecha 30 de diciembre de 2014 indica "*El daño causado viene determinado por el valor de la inversión (...), menos el valor a que ha quedado reducido el producto (...)*

y los intereses que fueron cobrados por los demandantes. De tal forma que la indemnización deberá alcanzar la cifra resultante de esta operación y los intereses legales devengados por esta suma desde la interpelación judicial".

SEPTIMO : En cuanto a los intereses de conformidad con el artículo 1100 y 1101 del CC procede imponerlos desde la fecha de la demanda.

OCTAVO : En cuanto a la costas procesales de conformidad con el art 394 de la Lec se imponen a la parte cuyos pedimentos se han desestimado.

Por todo ello,

FALLO

Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por DON JOSE MANUEL [REDACTED] representado por Procurador de los Tribunales Doña Catalina Calvo Soler y actuando bajo dirección técnica de letrado Don Juan Pablo Palomar Pérez sustituido por su compañero Don Jose de Bellmont Regudón y contra BANKIA SA representada por Procurador de los Tribunales Don Enrique Sastre Botella y con dirección técnica de letrado Don Mario Gil sustituido por su compañero Don Eduardo Cid San Miguel :

1) DEBO DECLARAR Y DECLARO que BANKIA SA es responsables del incumplimiento del deber de diligencia , transparencia e información incurrido en la comercialización al actor de las CUOTAS PARTICIPATIVAS DE LA CAJA DE AHORROS DEL MEDITARRANEO en la responsabilidad derivada de la prestación de servicios de asesoramiento en materia de inversión en una venta/colocación de CUOTAS PARTICIPATIVAS y al amparo del artículo 1101 del CC .

2) DEBO CONDENAR Y CONDENO por negligencia a INDEMNIZAR a DON JOSE MANUEL [REDACTED] por los daños y perjuicios sufridos , equivalentes a la pérdida patrimonial experimentada- Esta pérdida de valor quedará determinada por la diferencia entre precio de adquisición del producto 131.620,82 euros menos su valor actual, menos los cupones o dividendos abonados al actor consecuencia de la inversión más los intereses legales, de esta cantidad desde la fecha de la demanda, hasta la sentencia y los intereses del artículo 576 de la LEC desde la fecha de la sentencia y hasta su completo pago y con imposición de costas a la parte demandada.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de ALICANTE (artículo 455 LECn).

El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación ,

además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna (artículo 458 LECn). y debiéndose consignar el depósito establecido en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por reforma de la L.O. 1/2009 de 3 Noviembre, en la cuenta de Banesto nº 4859/0000/04/0585/19.

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

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. Juez que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Letrado A. Justicia doy fe, en DÉNIA , a veintiocho de noviembre de dos mil diecinueve .

El destinatario de esta resolución debe cumplir la legislación de protección de datos de carácter personal, regulada en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como el resto de la legislación vigente en la materia. En todo caso, lo dispuesto en la mencionada legislación será de aplicación al tratamiento que las partes lleven a cabo de los datos que les hubieran sido revelados en el desarrollo del proceso (artículo 236 quinquies.2 LOPJ). Esto conlleva que debe cumplir todas las obligaciones de un encargado de tratamiento.

Queda prohibida cualquier transmisión o comunicación de esta resolución, por cualquier medio o procedimiento, debiendo cumplir el deber de confidencialidad y siendo responsable de su incumplimiento.