

SENTENCIA Nº 312/2021

MAGISTRADA- JUEZ: Dña. CRISTINA VILLA CUESTA

Lugar: Madrid

Fecha: tres de noviembre de dos mil veintiuno

Vistos por mí, Dña. Cristina Villa Cuesta, Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia Número Cincuenta y Ocho de Madrid, los presentes autos de **JUICIO ORDINARIO 1104/2020** promovido a instancia de **D.**, representados por el Procurador D. Mariano de la Cuesta Hernández y bajo la dirección técnica del Abogado don Eduardo Rodríguez de Brujón, contra **CAIXABANK, S.A.** representado por el Procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter y bajo la dirección técnica del Abogado D. Salvio Codes Belda, versando los autos daños y perjuicios provocados por incumplimiento del derecho de información en la contratación de producto bancario, se resuelve con fundamento en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador D. Mariano de la Cuesta Hernández, en la indicada representación, presentó demanda de juicio ordinario, que turnado correspondió a este Juzgado, al que acompañó los documentos que estimó oportunos, en el que después de alegar los fundamentos de Derecho que estimaba de aplicación, terminó solicitando que se dictase sentencia por la que:

Que se declare/condene a Caixabank como sucesor de Bankpyme, y condene a la misma a:

1) **CON CARÁCTER PRINCIPAL:** *Se declare, que CAIXABANK (como sucesor de Bankpyme) ha sido “negligente” en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información como “prestador de servicios de inversión” y “comercializador” de los Bonos KAUPTHING en una venta asesorada, y, al amparo del artículo 1.101 del Código Civil, se le condene a indemnizar al actor por los daños y*



perjuicios causados, equivalentes a la devolución al actor de la suma invertida de 10.000 EUROS, más los intereses pactados de dicha suma desde la fecha de cargo en cuenta de la misma hasta su efectiva devolución.

2) *SUBSIDIARIAMENTE, se solicita que, se declare que CAIXABANK (como sucesor de Bankpyme) ha sido “negligente” en el cumplimiento de sus obligaciones de “seguimiento de la Inversión e Información permanente” como asesor de inversiones y custodio y, al amparo del artículo 1101 del Código Civil, se le condene a indemnizar al actor por los daños y perjuicios causados, equivalentes a la pérdida de valor de su inversión, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda que se concretan en la devolución al actor de la suma invertida de 10.000 EUROS, más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de cargo en cuenta de la misma hasta su efectiva devolución.*

3) *De forma cumulativa con las anteriores peticiones subsidiarias, se solicita que se condene a la demandada al pago de las costas judiciales causadas.*

SEGUNDO.- Admitida la demanda a trámite se presentó por el Procurador D. Miguel Montero Reiter, en nombre y representación de CAIXABANK, S.A., contestación a la misma, en la que tras alegar los hechos y fundamentos de Derecho oportunos, solicitó se dictase sentencia por la que se desestime la demanda con imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.- Citadas las partes a la preceptiva Audiencia Previa, se celebró en cumplimiento de sus finalidades legales. La parte actora se ratificó en su escrito de demanda; la parte demandada ratificó su escrito de contestación; fijados los hechos en los que existe controversia y no habiendo llegado a un acuerdo que ponga fin al litigio, se solicitó el recibimiento del pleito a prueba, interesando como medios de prueba únicamente documental, por lo que tras su admisión y de conformidad con el art. 429.8 de la LEC los autos quedaron pendientes de resolver.

CUARTO.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita por la parte actora la acción principal de incumplimiento de la entidad bancaria CAIXABANK, como sucesora de BANKPIME, en la comercialización de bonos Kaupthing Bank HF incumpliendo el deber de información, diligencia lealtad y deber de asesoramiento. Alega que los actores suscribieron un contrato de compraventa con pacto de recompra de los denominados BONOS KAUPTHING 6,75%, vendidos por Bankpime, en virtud del cual el banco estaría obligado a recomprar los citados valores y el titular a revender al banco dichos activos financieros por el precio indicado en el efectivo recompra en el contrato. Se aseguraron a los actores que no tenía riesgo, que era un depósito de renta fija, y que los bancos islandeses eran muy solventes y además existía un pacto de recompra de la inversión. Se comercializó un producto de alto riesgo pese a que los actores no tenían experiencia inversora. La orden de compra era engañosa al omitir algunos elementos básicos como el precio y el mercado al que iba dirigida. Considera que se produjo una



falta de asesoramiento en la venta del producto bancario, incumpliendo las normas establecidas en la Ley de Mercado de Valores en que imponen actuar con diligencia y transparencia en interés de los clientes, así como falta de asesoramiento a los clientes sobre el riesgo de quiebra de Bankpime, ocultando que KAUPTHING era un banco islandés en crisis en situación de quiebra técnica. Los actores son minoristas, sin que se haya realizado el correspondiente test de idoneidad o conveniencia. No se informó de las características del producto, que generaba altas comisiones para el banco. El 7 de octubre de 2011 se hace saber a todos los clientes de Bankpime que el negocio bancario pasa a ser de Caixabank, siendo dicha entidad la depositaria de los bonos en las cuentas de valores aperturadas en Bankpime. Caixabank no cumplió con su obligación de recomprar los bonos, y no ha cumplido con los acuerdos que tenían con Bankpime en lo relativo a los precios de comisión de la custodia de las cuentas de valores. La inversión tuvo considerables pérdidas. Sostiene que Bankpime les colocó un producto de inversión complejo y de alto riesgo ocultando su verdadera naturaleza, características esenciales y riesgos.

Se opone Caixabank alegando en síntesis caducidad de la acción de error vicio. Prescripción de la acción de incumplimiento de deberes normativos al trascurrir más de un año del art. 1902 del CC, así como de deber de asesoramiento al estar prescrita por aplicación del art. 945 del C Com. En relación al fondo, considera que a fecha de la contratación no existía test de idoneidad y la nacionalización de KAUPTHING el 8 de octubre de 2008 era algo impensable luego ningún incumplimiento se produjo. No se acredita que los actores fueran de perfil conservador, teniendo inversiones en renta fija y en renta variable, bonos AISA, bonos en otra sociedad alemana y fondos de inversión de riesgo elevado. Los actores fueron debidamente informados y ya tenían experiencia en un producto de riesgo similar, resultando inverosímil que confundiera los bonos con un depósito a plazo fijo. Los actores han recibido puntualmente información a efectos fiscales y de custodia de valores desde que Caixabank recibió la custodia de valores en 2012. No existe incumplimiento previo a la contratación al comprar en mercado secundario. Por último alega la inexistencia de daños y perjuicios y pluspetición al tener que descontar los beneficios recibidos y retraso desleal en el ejercicio de la acción al conocer la situación de KAUPTHING desde el año 2008.

SEGUNDO.- Caducidad y prescripción de la acción. Alega CAIXABANK, S.A. la caducidad de la acción ejercitada por error vicio. A tenor del suplico de la demanda, no se ejercita una acción de nulidad por error vicio, sino una acción de indemnización de perjuicios al amparo del art.1101 del CC con carácter principal por el negligente cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información como prestador de servicios de inversión y comercializador de los Bonos KAUPTHING y subsidiariamente, por negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de seguimiento de la inversión e información permanente al amparo del art 1101 del CC, por cuanto en el seno de la relación de asesoramiento existente el Bankpime estaba obligado a informar a su cliente de los elementos esenciales de la inversión y recomendarle solo aquellas inversiones idóneas para su perfil inversor y recomendó un producto que no se ajustaba a los conocimiento y experiencia de la actora.

Respecto de esta acción y como indicó la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 5 de 8 de julio de 2020 y las en ella citadas (SAP de La Coruña, sección 5 del 08 de julio de 2020 sentencia nº 431/2019, de fecha 30 de diciembre de 2019) no rige la caducidad sino el plazo de prescripción extintiva general de 15 años



para las acciones personales que no tengan asignado otro especial, conforme al artículo 1969 del Código Civil (o 5 años a contar desde la entrada en vigor de la reforma legal de 2015). No el de prescripción de 3 años del artículo 945 del Código de Comercio, pues aunque es aplicable a las empresas de servicios de inversión cuando actúen por cuenta de sus clientes, una vez desaparecidos los agentes de cambio y bolsa (STS de 23/2/2009), se refiere a las acciones de responsabilidad en tal caso, o sea cuando actúan por cuenta de sus clientes en ejecución de sus órdenes, y no por responsabilidad o actuaciones incumplidoras de otro tipo, cual la examinada en el asunto litigioso.

Por otra parte, la SAP de Madrid, Sec. 12ª de 31/11/2017 señala “La primera de estas variables es inaplicable. En la tipología que deriva del *artículo 1.089 del Código Civil*, el deber de información cuya infracción se erige en causa jurídica del daño a indemnizar está establecido por Ley (tanto en sentido formal, como material) y por tanto, no es extracontractual, denominación y categoría que se ha de reservar para aquellos casos en que entre agente y perjudicado no existe contacto jurídico alguno previo a la misma causación del daño.

Aplicando esta doctrina al caso de autos debe desestimarse la excepción de prescripción de la acción.

TERCERO.- Naturaleza del producto contratado. Se interesa la responsabilidad contractual de la demandada ex art. 1101 del Cc por incumplimiento de sus obligaciones, en particular su deber de información, relativo al contenido del producto y los riesgos de contratación, así como las obligaciones y responsabilidades que haya de asumir la entidad comercializadora en relación con los productos contratados, al ser comercializadora y a su vez asesor y las normas de diligencia, transparencia en interés de los clientes del art. 79 de la LMV, falta de información del riesgo de quiebra del emisor, e información a los clientes del deterioro progresivo del emisor que impidió que los pudieran vender en el mercado los instrumentos o recomprándolos Bankpime.

Según la orden de compra (documento nº 1 de la demanda) se adquirieron BONOS KAUPTHING con fecha de vencimiento 06/07/2049 y la fecha valor 20/07/2007 por importe nominal de 10.000,00 euros, siendo la fecha de operación a vencimiento. En el reverso de la orden de compra figura la obligación del banco de recompra al vencimiento.

Respecto a las características de los BONOS KAUPTHING BANK 6,75% han sido analizados, entre muchas, por **la Audiencia Provincial de Valencia, sección 6 en sentencia de 25 de noviembre de 2020** y en las sentencias por ella citadas (20 de diciembre de 2017 SAP, Valencia, Sección 9ª, 20-12-2017 (rec. 1080/2017) y dice “ *Se trata de, DEUDA SUBORDINADA KAUPTHING BANK, y como tales, podemos señalar, entre otras, las siguientes; se trata de instrumentos híbridos de capital, que combinan características propias tanto de la renta fija como de la renta variable; que, a diferencia de las Participaciones Preferentes, están sujetas a un plazo de vencimiento; que forman parte de los recursos propios del emisor, que proporcionan un interés fijo y posteriormente variable; que por su orden de prelación de crédito, se sitúan por detrás de los acreedores comunes y delante de las cuotas participativas y participaciones preferentes emitidas y garantizadas por el emisor; que no tienen derechos políticos ni de suscripción preferente; que incorporan una opción de*



amortización anticipada en favor del emisor; que cotizan en un mercado secundario.

Se trata, en definitiva, de productos esencialmente complejos, radicando dicha complejidad, entre otras cuestiones y centrándonos en origen del problema que ha motivado la demanda, en las dificultades que para un no-profesional presenta alcanzar a comprender hasta qué punto, especialmente en situaciones de crisis, dichos productos pueden tornarse extremadamente ilíquidos."

La caracterización legal y jurisprudencial de las obligaciones subordinadas, se explica por el **Tribunal Supremo en Sentencia de 30 de septiembre de 2016** del siguiente modo: "*1.- Como dijimos en la sentencia núm. 102/2016, de 25 de febrero Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 25-02-2016 (rec. 2578/2013) , en términos generales, se conoce como deuda subordinada a unos títulos valores de renta fija con rendimiento explícito, emitidos normalmente por entidades de crédito, que ofrecen una rentabilidad mayor que otros activos de deuda. Sin embargo, esta mayor rentabilidad se logra a cambio de perder capacidad de cobro en caso de insolvencia o de extinción y posterior liquidación de la sociedad, ya que está subordinado el pago en el orden de prelación en relación con los acreedores ordinarios (en caso de concurso, art. 92.2 Ley Concursal Legislación citada LC art. 92.2). A diferencia de las participaciones preferentes, que suelen ser perpetuas, la deuda subordinada suele tener fecha de vencimiento. El capital en ningún caso está garantizado y estos **bonos** no están protegidos por el Fondo de Garantía de Depósitos.*

Básicamente, la regulación de las obligaciones subordinadas que pueden emitir las entidades de crédito se recoge en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, y en el Real Decreto 1370/1985. Sus características son las siguientes: a) A efectos de prelación de créditos, las obligaciones subordinadas se sitúan detrás de los acreedores comunes, siempre que el plazo original de dichas financiaciones no sea inferior a 5 años y el plazo remanente hasta su vencimiento no sea inferior a 1 año; b) No podrán contener cláusulas de rescate, reembolso o amortización anticipada ejecutables a voluntad del deudor; c) Se permite su convertibilidad en acciones o participaciones de la entidad emisora, cuando ello sea posible, y pueden ser adquiridas por la misma al objeto de la citada conversión; d) El pago de los intereses se suspenderá en el supuesto de que la entidad de crédito haya presentado pérdidas en el semestre natural anterior.

2.- Por tanto, las obligaciones subordinadas tienen rasgos similares a los valores representativos del capital en su rango jurídico, ya que se postergan detrás del resto de acreedores, sirviendo de última garantía, justo delante de los socios de la sociedad, asemejándose a las acciones en dicha característica de garantía de los acreedores."

CUARTO.- Deber de información de la empresa de servicios de asesoramiento. Se realiza la inversión en nuestro caso según consta en la orden de compra (documento nº 1 de la demanda) en julio de 2007, por ello, la normativa aplicable al contrato suscrito por las partes es la de la Ley de Mercado de Valores 24/1988 en su redacción anterior a la modificación de dicha Ley en fecha 19 de diciembre de 2007 (LMV 47/2007) que en su modificación introdujo en el Derecho español la Directiva Comunitaria, 2004/39/CE Markets in Financial Instruments Directive -



Directiva MIFID- y el Código General de Conducta aprobado como Anexo del Real Decreto 6297/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuaciones los mercados de valores y registro obligatorios (vigente hasta el día 17 de febrero de 2008). Según la normativa vigente a fecha de suscripción, no era preceptiva la realización formal del test de conveniencia ni de idoneidad.

La LMV en su redacción anterior, ya establecía deberes de diligencia y transparencia frente al cliente (art. 79.1.a. LMV), de aseguramiento "de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados (art. 79.1.e. LMV), la obtención de la información adecuada sobre la experiencia inversora de los cliente y objetivos de la inversión (art. 4.1 anexo RD 629/93), y a la facilitación del información a la clientela "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", por lo que "cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos (art. 5.3. anexo RD 629/93).

Por su parte, el Código General de Conducta aprobado como Anexo del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, abordaba tanto el deber de información de dichas entidades sobre la clientela (en particular, la obligación de solicitar al cliente información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando ésta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer), como el deber de ofrecer a los clientes toda la información de que dispongan y que pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión, señalando que, al información a los clientes no solo debía "ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo de evitar su correcta interpretación", sino que se exigía que se realizara "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" (art. 4.3 del Código).

Como recoge la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 11, de 07 de mayo de 2020** en cuanto a la vigencia temporal de la reforma de la LMV, "La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2013 ya estableció que la progresión en la protección del inversor que supone la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MIFID, ha de ser tomada también en consideración con la interpretación de las obligaciones de la empresa que prestaba los servicios de inversión, aunque cuando las partes concertaron el contrato no hubiera transcurrido el plazo de transposición, pues el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado expresamente que la obligación de interpretación del Derecho interno a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva, vincula a los jueces con independencia de que haya transcurrido o no plazo de transposición (Sentencia de 8 de octubre de 1987, caso "Kolpinghuis Nijmegen", asunto 80/86). En tal sentido, ocurrió en la sentencia de la Sala 1ª de Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1996, que utilizó la Directiva 93/13CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores, para interpretar la normativa de la Ley General de la Defensa de los Consumidores y Usuarios.



La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015, nº de recurso 1391/2012 - señala que hemos dicho en la Sentencia del Pleno 491/2015, de 15 de septiembre , con remisión a la Sentencia 460/2014, de 10 de septiembre , que con anterioridad a la trasposición de la Directiva MiFID, la normativa del mercado de valores ya daba "[u]na 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. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza".

La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2016, nº de recurso 3398/2012, se manifiesta en igual sentido en relación al alcance del deber de información de la entidades financieras en los contratos suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la normativa MIFID, señalando que:

"En todo caso, como venimos afirmando en las múltiples resoluciones ya citadas, tanto antes como después de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación recogía la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero (la suscripción de los contratos fue ofrecida por el Banco al cliente), el deber que pesaba sobre la entidad comprendía tanto cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, como asimismo haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía."

Esta misma sentencia señala cómo la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MIFID acentuó las obligaciones sobre la entidad financiera y la sistematizó de un modo más completo, pero no supuso una regulación realmente novedosa en relación a los principios fundamentales que rigen la materia. En consecuencia, esta normativa vigente tras la Directiva y previa a su transposición, ha de ser interpretada desde los parámetros de particular rigor en la exigencia de suficiencia de la información, en especial sobre los riesgos del producto, y también en la comprobación por parte de la entidad de que el producto se adapta a los intereses y nivel de conocimiento y experiencia del cliente, o que en caso contrario éste asume su suscripción con conocimiento suficiente del contenido económico y jurídico del contrato.

La STS nº 160/2018 de 21 de marzo, dictada en el recurso de casación nº 2671/2015 sobre el contenido de la información a suministrar por la entidad bancaria nos dice:

"1.º) En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de



inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en las citadas sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014 y 769/2014, de 12 de enero, entre otras.

2.º) La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva "MiFID", aplicable por razones temporales al contrato celebrado el 15 de febrero de 2007, da 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. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

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 para que el consentimiento pueda formarse adecuadamente.

4.º) El deber de información no debe entenderse suplido por el propio contenido del contrato. En este sentido, las sentencias 594/2016 y 595/2016, de 5 de octubre, reiteran que "[c]omo ya hemos recordado en otras ocasiones, "[l]a mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad del Banco para explicar con claridad cómo se realizan las liquidaciones y los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se actualizaron con las liquidaciones desproporcionadamente negativas" (sentencia 689/2015, de 16 de diciembre).

QUINTO.- Asesoramiento. Como se ha expuesto los Bonos Kaupthing presentan el carácter de producto de inversión, conforme a lo que disponía el artículo 63.1. g. de la Ley 24/1988 que se refiere a 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 constituye 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*".

La Sentencia del TJUE de 30 de mayo de 2013 dispone en su apartado 53 que

" Se desprende de los preceptos citados en los dos apartados anteriores que la cuestión de si un servicio de inversión es 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".

Teniendo en cuenta la legislación aplicable al caso que nos ocupa en el momento de la contratación - legislación la que se ha hecho referencia con anterioridad- lo relevante a tener en cuenta es que la labor de asesoramiento de las entidades financieras sea personalizada, teniendo en cuenta las circunstancias personales y económicas concurrentes y que le son expuestas por los clientes, de modo que una vez suministrada toda la información necesaria al cliente, la decisión de adquirir unos u otros productos que supone en definitiva la valoración de su adaptación a sus necesidades concretas, le corresponde exclusivamente al cliente y no a la entidad asesora.

Por otro lado, la carga de probar tal extremo sobre el correcto asesoramiento a los clientes, debe pesar sobre el profesional financiero respecto del cual la diligencia exigible no es la diligencia media genérica de un buen padre de familia sino la diligencia específica de un ordenado empresario que ha de actuar de forma leal en defensa de los intereses del cliente, en el sentido de poder valorar el cliente si el producto es o no adecuado a sus intereses y siendo la entidad demanda la encargada de su prueba.

La STS nº 160/2018 de 21 de Marzo dice: "*Para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la celebración 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 los clientes y la entidad financiera. Basta con que la empresa de inversión ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición (sentencias 102/2016, de 25 de febrero y 411/2016, de 17 de junio). Los deberes de información que incumben a la entidad no desaparecen porque sea el cliente el que se dirige a la entidad con intención de invertir*".

Como recoge la **SAP de Valencia, sección 6 del 25 de noviembre de 2020** ya citada, "No debe confundirse las obligaciones derivadas de un contrato de asesoramiento financiero, con las obligaciones a las que están sometidas las partes de un contrato de comercialización de productos financieros. En estos casos la entidad financiera que vende un producto o media en el mismo tiene una serie de obligaciones derivadas de la naturaleza del contrato y de la Ley, especialmente, de la Ley del Mercado de Valores, que consisten en informar debidamente de las características del producto financiero y sobre si es conveniente para los intereses del cliente. Las normas reguladoras del mercado de valores exigen un especial deber de información a las empresas autorizadas para actuar en ese ámbito, como resulta del artículo 79.1 de la Ley del Mercado de Valores en la redacción vigente cuando se concertó el contrato (actualmente, de modo más detallado, en el art. 79. bis de dicha ley, que incorpora la Directiva MIFID). El artículo 79.1. empieza diciendo 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, con lo cual, no sólo se refiere a las que tienen un contrato de asesoramiento financiero o un contrato de gestión de carteras, sino a todas las entidades que actúen en el mercado financiero... nulidad (incluso la demandada contesta la demanda como si se



ejercitara la acción de nulidad contractual) y, por la imposibilidad de aplicar sus efectos, solicitar la indemnización de daños y perjuicios, debe tenerse en cuenta que en estos casos, el error en el consentimiento deriva de un incumplimiento legal de información por parte de la entidad que presta servicios financieros y también 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 los expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley”.

Por consiguiente, sin perjuicio de que con el tiempo la regulación sobre la materia se haya ido perfilando y matizando, se puede afirmar que el deber, propio de la entidad prestadora de los servicios de inversión, de facilitar al cliente, especialmente cuando se trata de un minorista no profesional y de productos financieros complejos, una información adecuada a las características del cliente, clara, transparente e imparcial- para evitar eventuales conflictos de intereses-, ya dominaba el espíritu de la redacción originaria de la Ley del Mercado de Valores de 1988, lo que obedece, al propósito de conciliar por un lado, el deseo de los agentes económicos de permitir que los ahorros del ciudadano medio accedieran a los mercados financieros, y por otro, la necesidad de evitar abusos de las entidades mediadoras y asesoras. Deberes de diligencia y transparencia, que, como se ha expuesto, se reiteran tras la reforma de la LMV operada por Ley 47/2007 de 19 de diciembre.

En nuestro caso, ninguna prueba se ha practicado en tal sentido considerando la parte demandada que a tenor de las inversiones realizadas por los actores, no puede considerarse inadecuada, invirtiendo en bonos AISA, bonos de una entidad alemana y fondos de inversión de riesgo elevado. En relación a la inversión en bonos AISA se ha aportado con la demanda documento nº 13 consistente en Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, que confirma la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 51 de Madrid, en la que se declara resuelto el contrato de adquisición de valores por incumplimiento por no cumplir Bankpime con sus deberes de información previstos en el art. 78 de a LVM.

En cualquier caso que dispusiera de otras inversiones, fueran de la naturaleza que fueran, no comporta que contara con conocimientos específicos sobre los concretos productos ahora litigiosos que eximieran a la comercializadora de cumplir las exigencias informativas que le incuben, y así **Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2016** dice: *"Que los clientes hubieran contratado anteriormente productos similares no conlleva que tuvieran experiencia inversora en productos financieros complejos, si en su contratación tampoco les fue suministrada la información legalmente exigida. Como ya declaramos en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Civil, Sección 991ª, 18-04-2013 (rec. 1979/2011), y 769/2014, de 12 de enero de 2015 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Civil, Sección 991ª, 12-01-2015 (rec. 2290/2012), 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.

Como hemos afirmado en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Civil, Sección 991ª, 18-04-2013 (rec. 1979/2011) , 769/2014 , de 12 de enero de 2015 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Civil, Sección 991ª, 12-01-2015 (rec.2290/2012) , y 489/2015, de 15 de septiembre , la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto. El hecho de tener un patrimonio considerable, o que los clientes hubieran realizado algunas inversiones previas no los convierte tampoco en clientes expertos, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera a los demandantes una información adecuada para contratar el producto con conocimiento y asunción de los riesgos de una inversión compleja y sin garantías. La contratación de algunos productos de inversión con el asesoramiento de Caixa Catalunya, sin que la entidad pruebe que la información que dio a los clientes 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 de los clientes."

En nuestro caso no ha quedado acreditado que los actores tuvieran conocimientos financieros ni conociesen la naturaleza y riesgo de la inversión realizada, ni que Bankpime cumpliera con su obligación de información. A tal efecto ni una sola prueba se ha practicado que acredite que, tras un adecuado estudio del perfil de los demandantes se les informara de forma exhaustiva, directa e individualizadamente, de la complejidad de la inversión. En fase pre-contractual, no consta que los demandantes hubiesen recibido una información ajustada a las exigencias legales a las que se ha hecho referencia que le permitiera acceder a un conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados . Por lo que respecta a la fase contractual, el cumplimiento de los referidos deberes de información no puede inferirse del contenido de la orden de suscripción. Nos encontramos por tanto ante un incumplimiento de obligaciones pre contractuales y durante la vigencia de la relación contractual pues los documentos 10, 11 y 12 de la demanda, no acreditan el cumplimiento de las obligaciones post contractuales, por cuanto que, se trata de un documento pre-redactados que únicamente contiene menciones estereotipadas y predispuestas por el Banco que en modo alguno dan cumplimiento a tales obligaciones, (STS, 12 de enero de 2015 STS, Sala delo Civil, Sección 991ª, 12-01-2015 (rec. 2290/2012_).

En definitiva, la omisión y/o incumplimiento por Bankpime de los deberes de información que, en el marco contractual litigioso, le incumbían, ha determinado la contratación de unos productos volatizados económicamente, justificando el daño padecido que merece ser indemnizado, ex. artículo 1101 del Código Civil. La exigencia de un comportamiento diligente en el cumplimiento de las "obligaciones", son también de las obligaciones legales, ya que el precepto se integra dentro del Título I del Libro IV del CC y, por tanto, trae su causa inmediata del artículo 1089, según el cual las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y casi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.

En este sentido se han pronunciado distintas Audiencias Provinciales en el examen del mismo producto que hoy nos ocupa, citando la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de sección 13 de 05 de febrero de 2021** al indicar “*La Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) ha concluido que las entidades*



financieras actuaron de forma "incorrecta" en la comercialización de bonos de Landsbanki Islands y Kaupthing Bank, ambas intervenidas en octubre de 2008 por el Gobierno islandés, según la Memoria 2010 de Atención de reclamaciones y consultas de los inversores', recogida por Europa Press. (diario.es ,13 octubre 2011).(hecho notorio 281.4 LEC) (...)

Existe un déficit importante en la información facilitada por el banco a la actora, que le ha causado un error esencial e inexcusable en la formación de la voluntad de la actora y que llevó a la misma a contratar el producto”.

SEXTO.- Importe de los perjuicios. En este caso, la existencia del daño soportado por la demandante, consistente en la pérdida de parte del capital de su inversión, y la pérdida patrimonial se ha visto minorada por la percepción de rendimientos derivados de la inversión, siendo intervenida la entidad emisora por el Gobierno islandés en el año 2008.

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2017**, mantiene la procedencia de descontar del daño indemnizable los cupones cobrados por los clientes, ante la denuncia por la recurrente de la infracción de los arts. 1101, 1106 y 1107 del Código Civil, argumentando que en la liquidación del daño indemnizable debe computarse la eventual obtención de ventaja por parte del acreedor (STS 301/2008, de 8 de mayo), y que el resarcimiento tiene por finalidad retornar el patrimonio afectado a la situación en que se encontraría de no haber mediado incumplimiento alguno, sin procurar una ganancia o enriquecimiento injustificado al perjudicado (SS 552/2011, de 17 de junio y 326/2011, de 9 de mayo), el TS estima el motivo razonando:

"Esta sala, en la sentencia 301/2008, de 5 de mayo, ya declaró que la aplicación de la regla « compensatio lucri cum damno » significaba que en la liquidación de los daños indemnizables debía computarse la eventual obtención de ventajas experimentadas por parte del acreedor, junto con los daños sufridos, todo ello a partir de los mismos hechos que ocasionaron la infracción obligacional.

Por su parte, la STS 754/2014, de 30 de diciembre, en aplicación de esta misma regla o criterio, y con relación al incumplimiento contractual como título de imputación de la responsabilidad de la entidad bancaria, por los daños sufridos por los clientes en una adquisición de participaciones preferentes, declaró que «el daño causado viene determinado por el valor de la inversión realizada menos el valor a que ha quedado reducido el producto y los intereses que fueron cobrados por los demandantes».

Así, en el caso de autos han de restarse de la inversión realizada, los rendimientos obtenidos por el actor, por lo que el daño indemnizable ha de cuantificarse en ejecución, cuya suma deberá abonar la demandada por aplicación de los arts. 1100, 1101 y 1108 CC, devengará el interés legal desde la fecha de la interposición de la demanda.

OCTAVO.- Retraso desleal. Para la resolución de este motivo de apelación es suficiente con la plasmación del contenido de la STS 1316/2019; nº de recurso 2242/2016 de fecha 24-4-2019, siendo que al resolver sobre este tema del retraso desleal



señala:

..... " *La sentencia recurrida afirma que el "periodo de inactividad ante la actuación contractual de la demandada constituye un comportamiento capaz de sustentar razonablemente la convicción de ésta de conformidad o, al menos, de permisividad del actor con su proceder y generarle confianza en la no formulación de una reclamación por disconformidad con el criterio aplicado en la actualización del interés". En definitiva, -señala el TS- lo que hace la Audiencia es asumir que el retraso por sí mismo es determinante de la confianza de la entidad demandada en que la acción ya no se iba a ejercitar a pesar de que no había transcurrido el plazo de prescripción. Este razonamiento no es conforme con la doctrina del retraso desleal, pues si así fuera se estaría introduciendo por el intérprete un plazo de prescripción distinto y más breve que el establecido por el legislador.*

La regla es que el titular del derecho puede ejercitarlo hasta el último momento hábil del plazo de prescripción, pues es el legislador quien debe valorar en qué plazo se puede ejercitar cada acción. No se puede afirmar que ejercita sus derechos de mala fe quien lo hace dentro del plazo legal, sin que previamente existan hechos, actos o conductas suyos que engendren, rectamente entendidos, en el obligado la confianza de que aquéllos no se actuarán (sentencia de 16 de diciembre de 1991, rc. 143/1990).

Para que el ejercicio de un derecho por su titular resulte inadmisibile es preciso que resulte intolerable conforme a los criterios de la buena fe (art. 7 CC) porque, en atención a las circunstancias, y por algún hecho del titular, se haya generado en el sujeto pasivo una confianza legítima de que el derecho ya no se ejercería, de modo que su ejercicio retrasado comporta para él algún tipo de perjuicio en su posición jurídica (sentencias 352/2010, de 7 de junio , 299/2012, de 15 de junio , 163/2015, de 1 de abril, y 148/2017, de 2 de marzo). "

Nada de eso sucede en este caso. El hecho de que el actor haya apurado el plazo de prescripción no es un acto de inequívoca significación que por sí solo pudiera generar la confianza fundada de que el derecho no iba a ser actuado.

NOVENO.- Costas. En cuanto a las costas de la demanda, de conformidad con el artículo el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al encontrarnos ante una estimación sustancial de la demanda, ha de aplicarse el criterio del vencimiento objetivo.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación y administrando Justicia en virtud de la autoridad conferida por la Constitución en nombre de S.M. el Rey,

FALLO

Se ESTIMA la demanda presentada por el Procurador D. Mariano de la Cuesta Hernández, en representación de **D.** contra **CAIXABANK, S.A. (como sucesor de Bankpime)** CONDENANDO a la demandada por incumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información como prestador de servicios de



inversión y comercialización de BONOS KAUPTHING a indemnizar a la parte actora los perjuicios causados, a determinar en ejecución de sentencia, consistentes en minorar del importe de la inversión (10.000,00 €) el importe de los rendimientos obtenidos, con los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda el 16/09/2020 hasta el día de hoy, e intereses del art. 576 de la LEC, desde el día de hoy hasta su completo pago. Se imponen las costas a la parte demandada.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de APELACIÓN en el plazo de VEINTE DIAS, ante este Juzgado, para su resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid (artículos 458 y siguientes de la L.E.Civil), previa constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta 2655-0000-04-1104-20 de este Órgano.

Si las cantidades van a ser ingresadas por transferencia bancaria, deberá ingresarlas en la cuenta número IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicando en el campo beneficiario Juzgado de 1ª Instancia nº 58 de Madrid, y en el campo observaciones o concepto se consignarán los siguientes dígitos 2655-0000-04-1104-20

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo la Ilma. Magistrada Juez

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

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



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia Proc. Ordinario firmado electrónicamente por CRISTINA VILLA CUESTA