

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 81 DE MADRID

Calle Rosario Pino 5, Planta 7 - 28020

Tfno: 914438818,8819

Fax: 915423051

42020448

NIG: 28.079.00.2-2020/0028869

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 251/2020

Productos y activos financieros

[illegible]

representados por el Procurador Sr. de la Cuesta Hernández

CAIXABANK, S.A., representada por el Procurador Sr. Segura Zariquey

SENTENCIA N° 166/2021

En Madrid, treinta y uno de marzo de dos mil veintiuno.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. Carlos Ceballos Norte, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 81 de Madrid, los presentes autos de juicio ordinario, seguidos con el número 251/2020, *a instancia de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx* representados por el Procurador Sr. de la Cuesta Hernández, y dirigidos por el Letrado Sr. Rodríguez de Brujón y Fernández, *contra CAIXABANK, S.A.*, representada por el Procurador Sr. Segura Zariquey y dirigida por el Letrado Sr. Benejam Peretó.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador Sr. de la Cuesta Hernández, en nombre y representación de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, se formuló demanda de juicio ordinario contra CAIXABANK, S.A., basada en los hechos y los fundamentos de derecho que aquí se dan por reproducidos, terminando por suplicar al Juzgado que, previa la tramitación correspondiente, *“se dicte Sentencia por la 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 AISA 08/11 5% BO en una venta asesorada, y, al amparo del artículo 1101 del Código Civil, se le condene a indemnizar a la actora por los daños

y perjuicios causados, equivalentes a la devolución de la suma invertida de 40.000 EUROS, más la cantidad de 643,99 euros por las comisiones de custodia cobradas a mi mandante, por parte del banco a causa de estar los mismos depositados en la cuenta de valores que se apertura en Bankpyme, ahora Caixabank, más los intereses legales 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 40.000 EUROS, más la cantidad de 643,99 euros por las comisiones de custodia cobradas a mi mandante, por parte del banco a causa de estar los mismos depositados en la cuenta de valores que se apertura en Bankpyme, ahora Caixabank, 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.- Por decreto de fecha dos de septiembre de dos mil veinte se admitió a trámite la demanda y se emplazó a la demandada para que la contestase en el plazo de veinte días.

TERCERO.- Dentro de plazo, CAIXABANK, S.A., representada por el Procurador Sr. Segura Zariquiey, presentó escrito de contestación a la demanda, interesando que se dictara sentencia desestimatoria de la demanda.

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de fecha veintitrés de octubre de dos mil veinte, se citó a las partes a la audiencia previa para el día 18/03/2021 a las 10:15 horas, en la que se dio un primer turno de palabra para alegaciones. No siendo posible el acuerdo, se recibió el pleito a prueba. La parte actora propuso los siguientes medios: documental; la parte demandada los siguientes: documental; previa declaración de pertinencia, quedaron los autos vistos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demanda se formula por los actores en su condición de adquirentes de Bonos AISA 08/11 5% BO, adquiridos en la entidad Bankpyme (ahora Caixabank), con un valor nominal de 40.000,00 Euros.

En el anverso del documento nº 1 de la demanda, orden de compra, consta el membrete y logo de Bankpyme, como entidad bancaria interviniente en la relación constituida, la fecha, el nombre, domicilio y documento de identidad de la cliente con quien se concierta la operación, mención de la oficina de Bankpyme en la que la misma se efectúa, código de cuenta y las indicaciones siguientes:

”Descripción del Valor: AISA 8/11 5% BO.

”Fecha de vencimiento: 14/08/2011

”Fecha de valor: 28/09/2016

”Tipo de interés:

”(…)

”Cambio: 100,301

”Nominal: 40.000,00 EUR

”Efectivo: 40.120,00 EUR

”Clase de operación: A VENCIMIENTO

”Ver condiciones contractuales generales en el contrato de administración y depósito”.

Como Documento nº 9 se aporta “Reverso contrato con pacto de recompra”, en el que se expresa:

“CONTRATO DE COMPRAVENTA CON PACTO DE RECOMPRA DE ACTIVOS FINANCIEROS NEGOCIADOS EN MERCADOS SECUNDARIOS.

”Condiciones generales.

”La operación de compraventa con pacto de recompra de activos financieros negociados en mercados organizados que el Titular/es de los valores (en adelante el Titular) realiza a través del Banco de la Pequeña y Mediana Empresa S.A. (en adelante el Banco), se regirá por las condiciones particulares del anverso y por las siguientes condiciones generales:

”1. En la Fecha Valor, el Banco, con capacidad para efectuar en el mercado en el que se negocian los activos financieros objeto del presente contrato, venderá al titular dichos activos financieros por el precio indicado en el Efectivo de Compra, y en la Fecha de Recompra el Banco estará obligado a recomprar y el Titular a revender la totalidad de dichos activos financieros por el precio indicado en el Efectivo de Recompra. En ningún caso el Banco se hallará obligado a recomprar los activos financieros en fecha distinta a la pactada inicialmente.

”2. Los activos financieros integrantes de la inversión serán gestionados por el Banco, estando identificados individualmente. Estos activos no serán objeto de fraccionamiento ni copropiedad y quedarán asignados individual y específicamente al Titular”.

Naturaleza del producto.

SEGUNDO.- Para tratar la naturaleza del producto y de la operación realizada por los actores con Bankpyme, reproduzco lo que dice la **SAP de Zaragoza, Civil, sección 5ª, de 20 de febrero de 2020** [ROJ: SAP Z 357/2020 - ECLI:ES:APZ:2020:357], ponente Ilmo. Sr. Pastor Oliver:

Los Bonos subordinados, “al igual que las obligaciones, en una primera aproximación, se podría decir que son productos de renta fija a un determinado plazo y que pueden contar con una alta rentabilidad, pero también con un alto riesgo y una baja liquidez, ya que no son un depósito y, por tanto, no están garantizados por el banco emisor. Tienen una fecha de emisión y una de cierre, cotizando en un mercado secundario. Por ello, si se quiere recuperar el dinero invertido antes de acabar el plazo, hay que venderlo en el mercado, con altas posibilidades de perder parte del capital. No están cubiertos por el Fondo de Garantía de Depósitos y en caso de concurso de la entidad emisora, los tenedores sólo estarían por delante de las participaciones preferentes y de las acciones. En España los bonos y las obligaciones son parecidos, salvo en la duración. Aquéllos, por menos de 5 años y éstas por más de 5 años.

[...] Este tipo de productos obedecen fundamentalmente al propósito de fortalecer los recursos propios de las entidades de crédito, cuando son emitidos por la propia entidad. Que no es el caso.

[...] En nuestro caso Bankpyme actuó como intermediaria en la adquisición de bonos emitidos por la promotora “Aisa”, lo que supone una relación diferente. Y a la que se ha referido el Alto Tribunal.

En efecto, la S.T.S. 667/2018, de 23 de noviembre explica con claridad los elementos de dicha contratación:

”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...”.

[...] Es decir, en el caso que nos ocupa el bono es un instrumento de deuda que emite una empresa para financiarse. Es una parte alícuota de un préstamo, mediante el cual el emisor se compromete a devolver el dinero prestado al comprador de ese bono, más unos intereses fijados previamente, conocidos como "cupón", lo que se entiende como "renta fija".

A pesar de lo cual, el bono no carece riesgos. Riesgo de mercado (disminución del precio ante variaciones de los tipos de interés) y riesgo crediticio, la posibilidad de que el emisor del bono no pueda hacerse cargo de la devolución del préstamo.

[...] El propio Tribunal Supremo se refiere a este mismo producto (bonos de la promotora "Aisa") como producto "complejo" que exige una completa información al cliente de la entidad que los comercializa (STS, Civil, sección 1ª, de 23 de noviembre de 2018 [ROJ: STS 3906/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3906]).

Información que, como reitera el Alto Tribunal, ha de ser precontractual. Con la suficiente antelación para que pueda ser examinada y comprendida con el necesario detalle (Ss. T.S. 20-1-2014 y 4-2-2016).

Información ya obligada antes de la entrada en vigor de la trasposición de la Directiva MIFID 2004/39/CE a través de la ley 47/2007 de reforma de la ley del mercado de valores.

Ya el Real Decreto 629/93, de 3 de mayo "sobre normas de actuaciones en el mercado de valores y registros obligatorios", en su código de conducta (Anexo), establecía unas pautas muy claras. Así, debían las entidades financieras recabar la información necesaria sobre la experiencia inversora del cliente (art. 4) y "deberán de informar al cliente, no de forma genérica, sino correcta, precisa y suficiente, haciendo hincapié en los riesgos de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Todo ello para evitar una incorrecta interpretación (art. 5 del Anexo). Además, las Entidades deberán disponer de los sistemas de información necesarios y actualizadas para proveerse de toda la información relevante y proporcionarla a los clientes. Habrán de conservar sistematizadamente los estudios o análisis sobre la base de los cuales se han realizado las recomendaciones, e informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato nuevas instrucciones del cliente (art. 5 Anexo)"".

Considera, también que el producto es “complejo y de riesgo” la **SAP Madrid, Civil, sección 10ª, de 06 de noviembre de 2020** [ROJ: SAP M 13834/2020 - ECLI:ES:APM:2020:13834].

Acción ejercitada.

TERCERO.- Por citar la más reciente, la **STS, Civil, sección 1ª, de 31 de enero de 2019** [ROJ: STS 170/2019 - ECLI:ES:TS:2019:170] recuerda que la jurisprudencia de la Sala Primera (sentencia 677/2016, de 16 de noviembre, con cita de otras anteriores), reconoce que, **en el marco de una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros y a la vista del perfil e intereses de inversión del cliente, puede surgir una responsabilidad civil al amparo del art. 1101 CC**, por el incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de esa relación de asesoramiento financiero:

"En las sentencias 754/2014, de 30 de diciembre, 397/2015, de 13 de julio, y la 398/2015, de 10 de julio, ya advertimos que no cabía "descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de las participaciones preferentes, aunque lógicamente es preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad". Y en la anterior Sentencia 244/2013, de 18 de abril, entendimos que el incumplimiento por el banco del incumplimiento grave de los deberes de información exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales "constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas". Aunque esta sentencia se refiere a la responsabilidad por la actuación de la entidad prestadora de servicios financieros en el marco de un contrato de gestión discrecional de carteras de valores, la doctrina sobre las consecuencias del incumplimiento del estándar de diligencia, resulta aplicable, en lo fundamental, respecto de las exigencias que el art. 79 bis 6 LMV impone a quien presta un servicio de asesoramiento financiero.

"En consecuencia, conforme a esta jurisprudencia, cabía ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes inherentes al test de idoneidad y a la consiguiente información a prestar al cliente minorista, siempre que de dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende sea indemnizado. Este perjuicio es la pérdida de la inversión, como consecuencia de la quiebra del emisor de las participaciones preferentes".

En estos casos, además de identificar este incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones de la empresa que presta servicios de inversión, debe haber una relación de causalidad entre el incumplimiento o cumplimiento negligente y el daño indemnizable.

Prescripción de la acción de indemnización de daños y perjuicios.

CUARTO.- Argumenta la demandada que la acción ha prescrito, puesto que se está exigiendo a CAIXABANK una responsabilidad de los deberes de diligencia, lealtad e información como “prestador de servicios de inversión” y como “asesor de inversiones” que está sometida al cómputo de prescripción especial para este tipo de relaciones de conformidad con el artículo 945 Ccom.

Como señala la **SAP de Madrid, Civil sección 25 del 30 de junio de 2020**

[ROJ: SAP M 10435/2020 - ECLI:ES:APM:2020:10435], el precepto se aplica a las empresas de servicios de inversión "cuando actúen por cuenta de sus clientes", pero no, como es el caso, cuando la negociación se dirige a comercializar un producto, o lo que es lo mismo, con un interés comercial propio (STS, Civil, sección 1ª, de 23 de febrero de 2009 [ROJ: STS 611/2009 - ECLI:ES:TS:2009:611]).

Por tanto, el plazo de prescripción aplicable es el del artículo 1964 CC.

Tras la entrada en vigor el 07-10-2015, de la redacción dada por Ley 42/2015 de 5 octubre 2015, el Artículo 1964.2 del Código Civil establece que "Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan".

Antes de la reforma y conforme a su versión original, el Artículo 1964 del Código Civil decía: "La acción hipotecaria prescribe a los veinte años, y las personales que no tengan señalado término especial de prescripción a los quince".

La Disposición transitoria quinta (Régimen de prescripción aplicable a las relaciones ya existentes) de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, establece que "el tiempo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, nacidas antes de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, se registrará por lo dispuesto en el artículo 1939 del Código Civil".

El Artículo 1939 del CC establece que "(l)a prescripción comenzada antes de la publicación de este código se registrará por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo".

Según opinión unánime de la doctrina, la regla central o básica que se contiene en el art. 1939 del CC es que la prescripción se rige por la ley vigente en el momento que el fenómeno de prescripción comenzó a producirse. En principio, la ley nueva no se aplica a las prescripciones que se encontraran en curso bajo el imperio de la legislación anterior. Ahora bien, el último párrafo del Artículo 1939 altera el principio general antes señalado, pues considera la prescripción cumplida si la ley nueva acorta el plazo de prescripción de la ley antigua (como pasa en el nuevo art. 1964.2 del CC, que pasa de 15 años a 5 años), y dicho nuevo plazo transcurre por entero tras la puesta en vigor de la ley nueva.

La **STS, Civil, sección 1ª, de 20 de enero de 2020** [ROJ: STS 21/2020 - ECLI:ES:TS:2020:21], establece lo siguiente:

"Como la Ley 42/2015 entró en vigor el 7 de octubre de 2015, si conjugamos lo previsto en su Disposición transitoria quinta con el art. 1939 CC, al que se remite, tendríamos las siguientes posibles situaciones (sobre la base de que no hubiera actos interruptivos de la prescripción), teniendo en cuenta que la prescripción iniciada antes de la referida entrada en vigor se registrará por el plazo anteriormente fijado (quince años), si bien, si desde dicha entrada en vigor transcurriese todo el plazo requerido por la nueva norma (cinco años) surtirá efecto la prescripción incluso aunque anteriormente hubiera un plazo de quince años:

(i) Relaciones jurídicas nacidas antes del 7 de octubre de 2000: estarían prescritas a la entrada en vigor de nueva Ley.

(ii) Relaciones jurídicas nacidas entre el 7 de octubre de 2000 y el 7 de octubre de 2005: se les aplica el plazo de 15 años previsto en la redacción original del art. 1964 CC.

(iii) Relaciones jurídicas nacidas entre el 7 de octubre de 2005 y el 7 de

octubre de 2015: en aplicación de la regla de transitoriedad del art. 1939 CC, no prescriben hasta el 7 de octubre de 2020.

(iv) Relaciones jurídicas nacidas después del 7 de octubre de 2015: se les aplica el nuevo plazo de cinco años, conforme a la vigente redacción del art. 1964 CC”.

En nuestro caso, **la relación nace el 28/09/2006**, por lo que la relación jurídica es de las **nacidas entre el 7 de octubre de 2005 y el 7 de octubre de 2015**: en aplicación de la regla de transitoriedad del art. 1939 CC, **no prescribe hasta el 7 de octubre de 2020.**

Por tanto, el plazo de prescripción de 5 años ha de computarse desde la puesta en vigor de la Ley 42/2015. De esta forma, la acción planteada no está prescrita a la fecha de interposición de la demanda (**30/01/2020**).

En este sentido se pronuncia, igualmente, la SAP de Madrid, Civil, sección 11ª, de 30 de septiembre de 2020 [ROJ: SAP M 13573/2020 - ECLI:ES:APM:2020:13573], ponente Ilma. Sra. Santos Gutiérrez: *“En consecuencia existió entre las partes una relación obligacional cuyo incumplimiento tiene como resultado indemnizar daños en base al artículo 1101 CC, no aplicándose el plazo referido por el apelante, sino el establecido en el ejercicio de acciones civiles, que teniendo en cuenta la reforma de la Ley 42/2015 entró en vigor el 7 de octubre de 2015, y conjugando lo previsto en su Disposición transitoria quinta con el art. 1939 Código Civil, al que se remite, tendríamos las siguientes posibles situaciones teniendo en cuenta que la prescripción iniciada antes de la entrada en vigor se regirá por el plazo anteriormente fijado (quince años), si bien, si desde dicha entrada en vigor transcurriese todo el plazo requerido por la nueva norma (cinco años) surtiría efecto la prescripción incluso aunque anteriormente hubiera un plazo de quince años, con el siguiente resultado, en las relaciones jurídicas nacidas entre el 7 de octubre de 2000 y el 7 de octubre de 2005 se les aplica el PLAZO DE 15 AÑOS previsto en la redacción original del art. 1964 Código Civil y en las nacidas entre el 7 de octubre de 2005 y el 7 de octubre de 2015: en aplicación de la regla de transitoriedad del art. 1939 Código Civil, no prescriben hasta el 7 de octubre de 2020 . Siendo que la suscripción en el supuesto planteado se efectuó en fecha 30 de abril 2007 no se considera prescrita la acción, no se acciona frente o en concepto de actuación de agente de cambio y bolsa”.*

En el mismo sentido, la SAP de Madrid, Civil, sección 25ª, de 31 de enero de 2019 [ROJ: SAP M 849/2019 - ECLI:ES:APM:2019:849].

Tampoco hay retraso desleal en el ejercicio de la acción. Como señala la SAP de Madrid, Civil, sección 21ª, de 11 de junio de 2020 [ROJ: SAP M 7156/2020 - ECLI:ES:APM:2020:7156], dado que por el legislador se establecen unos plazos de caducidad y de prescripción para el ejercicio de las acciones debe entenderse que el titular de la acción la puede ejercitar cuando desee siempre que lo haga dentro de los plazos de caducidad o de prescripción que ha tenido a bien establecer el legislador. Habiéndose establecido por la jurisprudencia una excepción de retraso desleal en el ejercicio de una acción deducido dentro del plazo de caducidad o de prescripción, con base en la necesidad de que la acción debe ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe sin que jamás pueda darse amparo legal al abuso del derecho (artículo 7 del Código Civil), que, en el caso de reclamación de una suma de dinero debida, puede dar lugar al rechazo de la pretensión o a una rebaja de la cuantía reclamada. Ahora bien, para que se aprecie esta excepción de retraso desleal, es imprescindible que la reclamación del crédito debido resulte intolerable conforme a los criterios de la buena fe, porque, en atención a las circunstancias y por algún hecho del titular del crédito reclamado, se haya generado, en el deudor, una confianza legítima de que el derecho ya no se ejercitará, de modo que, su ejercicio retrasado, comporta, para él, algún tipo

de perjuicio en su posición jurídica (sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 243/2019, de 24 de abril de 2019 que resuelve el recurso 2242/2016; 191/2016 de 29 de marzo de 2016 que resuelve el recurso 129/2014; 163/2015 de 1 de abril de 2015 que resuelve el recurso 1171/2013; 352/2010 de 7 de junio de 2010 que resuelve el recurso 1039/2006).

Es evidente que no concurren en el presente caso los requisitos exigidos por la jurisprudencia para el acogimiento de un retraso desleal siendo un consumidor que reclama de una entidad bancaria lo que ésta le debe.

Legitimación pasiva de Caixabank.

QUINTO.- No existe duda de que la demandada está legitimada pasivamente.

Lo ha dicho el TS, en STS, Civil, sección 1ª, de 07 de julio de 2020 [ROJ: STS 2414/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2414] y STS, Civil, sección 1ª, de 01 de julio de 2020 [ROJ: STS 2064/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2064], que citan la sentencia 652/2017, de 19 de noviembre, dictada por el pleno de este tribunal, y en las posteriores 54/2018 y 55/2018, ambas de 1 de febrero, 71/2018, de 13 de febrero, 257/2018, de 26 de abril, 667/2018, de 23 de noviembre, 10/2019, de 11 de enero, 339/2019, de 12 de junio, 560/2019 de 23 de octubre, 619/2019, de 19 de noviembre, y 64/2020, de 3 de febrero.

Todas estas sentencias, la primera de las cuales es una sentencia del pleno de la sala, han establecido una doctrina jurisprudencial no solo en esta materia en general, sino en la concreta cuestión de la responsabilidad de Caixabank con relación a los contratos suscritos por Bankpime con sus clientes en el desenvolvimiento del negocio bancario que posteriormente fue transmitido por Bankpime a Caixabank. En todas ellas ha declarado el TS que Caixabank está legitimada pasivamente para soportar las acciones de nulidad, de resolución contractual o de responsabilidad por incumplimiento contractual, ejercitadas por quienes en su día fueron clientes de Bankpime, en virtud de la transmisión del negocio bancario operado entre Bankpime y Caixabank.

SEXTO.- Tiene dicho la AP de Madrid, en pleitos de este tipo que es preciso que la demandada acredite que cumplió con este deber de información completo y adecuado y veraz (**SAP Madrid, Civil, sección 19ª, de 25 de octubre de 2019 [ROJ: SAP B 12869/2019 - ECLI:ES:APB:2019:12869]**). En nuestro caso, no consta que, con anterioridad a la compra de los bonos, se informara de las características del producto y en concreto de sus riesgos de pérdida de capital, en qué supuestos procedía ni la situación de la entidad emisora a la hora o antes de contratar los bonos de la segunda emisión; no consta que informara que el verdadero destino de los BONOS AISA de la segunda emisión, la del año 2006, era hacer frente a las dificultades de AISA para retornar el capital a los bonistas de la primera emisión del año 2001 (*en la nota de valores aportada como doc. nº 20 de la demanda se indican como “Motivos de la Oferta” la “Refinanciación parcial de la emisión actual que tiene la compañía de Bonos a 5 años con vencimiento 13 de agosto de 2006, fecha de emisión 13 de agosto de 2001 y nominal a amortizar de 29.437.000 €”*); no consta qué información verbal se les facilitó el día de la firma del contrato o previos sobre los riesgos de pérdida de capital en septiembre de 2006, contrato que además es sucinto y no contiene información alguna sobre los concretos riesgos más allá de clase de operación, suscripción, Valor AISA 8/11 5%BO y el número de títulos; tampoco consta la entrega de folleto informativo o la nota de valores alguno lo cual tampoco sería per se suficiente, sobre todo cuando al Riesgo de Crédito de estos Bonos Aisa de la segunda emisión en la Nota de Valores se hace constar que la emisión no tiene asignada la

calificación crediticia de las agencias de calificación (*en la nota de valores aportada como doc. nº 20 de la demanda se dice: “7.5. Ratings asignados a un Emisor o a sus valores de deuda a petición o con la cooperación del Emisor en el proceso de calificación. Breve explicación del significado de las calificaciones si ha sido publicada previamente por la entidad calificador de las mismas. No se ha hecho ninguna evaluación de riesgo ni de la Entidad Emisora ni de los valores a emitir, por entidad calificadora alguna”*).

Como señala la **SAP Madrid, Civil, sección 19ª, de 25 de octubre de 2019** [ROJ: SAP B 12869/2019 - ECLI:ES:APB:2019:12869], el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que D. JUAN MANUEL FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y DOÑA MARGARITA DE SANDE GONZÁLEZ, clientes minoristas, conocían bien en qué consistía el producto que contrataba sino los concretos riesgos asociados a los BONOS AISA, y, además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía y, en nuestro caso, a la vista de la falta de toda prueba por la parte demandada, ha quedado acreditado que ni antes ni durante la celebración del contrato, se ofreció información suficiente para comprender los riesgos que asumía al suscribir el producto BONOS AISA ofrecido por la entidad bancaria; información que se hacía precisa al tiempo de la contratación no bastando ni las informaciones en años posteriores, ... pues la información debió darse antes o a la fecha de la contratación en cuanto a todos los riesgos del producto más cuando esta segunda emisión de BONOS tuvo como finalidad, como se expuso en la Nota de Valores, refinanciar parcialmente la emisión del año 2001 con vencimiento de 13 de agosto de 2006 lo que significaba un dato e información sustancial que no se expuso a las contratantes antes de la suscripción del año 2006, sin advertir del riesgo de poder recuperar el capital por la situación de la emisora, y sin que se entienda cumplido por hallarse registrada la nota de valores en la CNMV pues debió, a la fecha de la contratación en septiembre de 2006, darse información por la comercializadora BANKPYME sobre los riesgos de insolvencia de la emisora en la fecha.

SÉPTIMO.- Niega la parte demandada que existiera una relación contractual de asesoramiento en materia de inversión.

El debate en estos casos se plantea a la hora de decidir si existió o no asesoramiento. El hecho de partida alegado en la demanda es que los actores adquirieron los bonos por *“recomendación y colocación por parte de los comerciales de la oficina de Bankpyme que estaba sita en Madrid, calle Doctor Fleming”*. En la demanda también se cita la campaña de colocación realizada por BANKPYME de los BONOS AISA 08/11 5% BO entre sus clientes, mientras la demandada afirma que se limitó a ejecutar la orden de compra de sus clientes en el mercado secundario, y luego de administración y gestión del depósito de valores. Este alegato se sustenta en la orden de compra, dando a entender con ello que los clientes recabaron los servicios de BANKPYME para gestionar una compra de valores que ya tenían decidida con anterioridad. Sin embargo, como razona en un vaso similar la **SAP de Madrid, Civil sección 25 del 30 de junio de 2020** [ROJ: SAP M 10435/2020 - ECLI:ES:APM:2020:10435], no consta que sea así, pues ninguna prueba se presenta en tal sentido, y lo cierto es, por el contrario, pues se trata de un hecho notorio con innumerables casos en litigio y algunos ya resueltos de manera firme por el Tribunal Supremo condenando a la ahora demandada, que BANKPYME comercializó esos bonos a un gran número de clientes. Es decir, existe una estrategia comercial desarrollada por BANKPYME de la que debemos partir, dirigida a colocar el producto

de inversión entre personas con el perfil de los demandantes. Por eso, y ante la ausencia de una prueba directa del modo en que los demandantes recibieron la información y decidieron la orden de compra, debe presumirse que lo hicieron en el marco de la referida operación comercial, presunción que debe destruir la demandada.

Razona la **SAP de Madrid, Civil sección 25 del 30 de junio de 2020** [ROJ: SAP M 10435/2020 - ECLI:ES:APM:2020:10435], que en ese contexto, el hecho de tramitarse la compra de Bonos por razón de una orden de compra no permite destruir la presunción citada, pues no es más que el instrumento documental arbitrado para hacer efectiva una operación que se ha ofrecido, informado, decidido y convenido de manera verbal. En una relación del tipo que nos ocupa el asesoramiento está implícito dentro del marco de negociación, no como una actuación precontractual, ni como un contrato autónomo e independiente donde el asesor se posiciona de manera objetiva recomendando el producto mejor para su cliente entre los existentes en el mercado, sino inmersa en el proceso de formación de la declaración de voluntad que se consuma en el consentimiento. De hecho puede considerarse uno de los factores más relevantes de ese elemento del contrato en cuanto induce a mover la voluntad en uno u otro sentido.

Por todo lo expuesto, se concluye que sí que existió asesoramiento.

OCTAVO.- Critica la demandada que los demandantes sean presentados en la demanda como unas personas que no tenían el perfil necesario ni estaban preparadas para realizar la inversión objeto de impugnación, pretendiendo hacer creer que los actores ostentan un perfil conservador y con aversión a las inversiones financieras con riesgos, cuando, a su juicio, no hay prueba alguna de tal extremo, quejándose que Caixabank no puede acreditar una situación de hace 14 años, por ser manifiestamente imposible. Añade que de la propia documentación aportada junto con la demanda se extrae que los demandantes eran -al menos- titulares de Participaciones Endesa.

Pues bien, como concluye en un caso similar la **SAP de Madrid, Civil, sección 10ª, de 06 de noviembre de 2020** [ROJ: SAP M 13834/2020 - ECLI:ES:APM:2020:13834], los actores no pueden ser calificados de inversores experimentados de perfil arriesgado, con conocimientos y experiencia previa en productos de riesgos y, en concreto, en bonos. Es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone la normativa legal, y no son los clientes, que no son profesionales, como tiene declarado la jurisprudencia, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las preguntas. Además, no debe orillarse la propia singularidad de los bonos en liza, su carácter novedoso y difícilmente conocido por personas ajenas al mundo financiero.

Por todo lo expuesto, dado ese carácter novedoso y la falta de acreditación de la experiencia financiera de los actores, se concluye que dicho producto fue recomendado a aquellos, con lo que sí se ha incidido en la responsabilidad reclamada en la demanda con carácter principal, al haber ofrecido un producto que no se ha atemperado al perfil de los demandantes, y por ello, procede la estimación de la demanda.

NOVENO.- Finalmente, cuestiona la demandada que los actores no descuenten los cupones que hubieran recibido durante la relación contractual con Bankpime, que los 643,99 €, de comisiones que reclama se deriven del depósito y administración de los Bonos Aisa porque también tenían suscritos Participaciones Endesa; y, finalmente, la fecha de devengo de los intereses, porque cuestiona la parte demandada que deban devengarse desde que se realizó la inversión en el año 2006.

En la audiencia previa, la parte demanda aportó un nuevo documento porque, argumentó, que el presentado con su contestación a la demanda no hacía referencia a la relación litigiosa (lo que puede comprobarse al contrastar los nombres de los titulares que aparecen en ese doc. nº 2 de la contestación).

La parte demandante impugnó esa nueva liquidación, porque no aportaba los documentos en los que se basaba, y porque extendía la recepción de cupones más allá del vencimiento del producto el 14/08/2011.

En su demanda, como documentos nº 50 y ss, aporta copias de la libreta de ahorro que en su día le fue facilitada donde se iban haciendo apuntes y, a partir del doc. nº 53 recibos bancarios de “valores custodia”.

Las anotaciones de las libretas no son autoexplicativas, pues hay apuntes varios y relativos a “custodia”, no indica que sean todos de los bonos litigiosas, cuando el doc. nº 5 de la demanda demuestra que la “composición” de su cuenta de valores incluía, además, participaciones de Endesa. No explica, la parte actora cómo calcula el importe de 643,99 €, pese a la queja realizada sobre ese dato en la contestación a la demanda.

Tampoco la demandante, pese a que en la libreta pueden verse apuntes de “intereses” y “dividendos” hace un cálculo alternativo de los cupones cobrados durante la vida del producto y, por otro lado, es chocante que puedan liquidarse por la demandada cupones cobrados más allá de la fecha de vencimiento del producto.

Finalmente, respecto a los intereses hay dos criterios en la AP de Madrid en esta materia y sobre este producto y acción ejercitada. Así, la **SAP de Madrid, Civil sección 25 del 30 de junio de 2020** [ROJ: SAP M 10435/2020 -

ECLI:ES:APM:2020:10435], confirma una sentencia que condenaba de la demandada a indemnizar a los actores con el importe de la inversión más las comisiones, minorado por los rendimientos o cupones percibidos por el producto, más los intereses legales de la cantidad resultante desde la fecha de la inversión hasta la fecha de la sentencia, así como el interés del artículo 576 LEC desde esta fecha hasta la fecha de pago. Hacía el siguiente razonamiento: “la cuestión se enmarca en la determinación de los daños y perjuicios consecuencia del incumplimiento de obligaciones o cumplimiento defectuoso del contrato. Sobre esta materia la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2020 contiene entre sus argumentos varias reglas encaminadas a realizar el cálculo de la indemnización, a los que en esta Sección 25ª nos hemos ajustado recientemente con la Sentencia dictada en resolución del Recurso 743/2019. Dice así la Sentencia del Alto Tribunal:

“En el ámbito contractual, si una misma relación obligacional genera al mismo tiempo un daño -en el caso, por incumplimiento de la otra parte- pero también una ventaja -la percepción de unos rendimientos económicos-, deben compensarse uno y otra, a fin de que el contratante cumplidor no quede en una situación patrimonial más ventajosa con el incumplimiento que con el cumplimiento de la relación obligatoria. Ahora bien, para que se produzca la aminoración solamente han de ser evaluables, a efectos de rebajar el montante indemnizatorio, aquellas ventajas que el deudor haya obtenido precisamente mediante el hecho generador de la responsabilidad o en relación causal adecuada con éste.”

Entre esas ventajas obtenidas por el deudor está la rentabilización del dinero entregado por los inversores, rentabilización que se produce desde el momento de su recepción por la incumplidora”.

Sin embargo, la **SAP de Madrid, Civil, sección 10ª, de 06 de noviembre de 2020** [ROJ: SAP M 13834/2020 - ECLI:ES:APM:2020:13834], sostiene el criterio opuesto, que es el que mantiene la parte demandada: “El último motivo denuncia que



no se ha tenido en cuenta que, según la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre el artículo 1101 del CC, como ya se mencionó en la contestación a la demanda al aseverar que "en su caso, los intereses legales serían sólo desde la demanda... in fine". En el desarrollo integrador de la objeción se abunda en que los intereses legales sólo pueden ser desde la demanda y no desde la inversión inicial en 2006, lo que supone poner de los 5.288,61 euros de intereses que concede la sentencia a 280,11 euros, esto es, un 9,5% menos de lo pedido.

El motivo ha de prosperar, supuesto que una dilatada línea jurisprudencial viene declarando que, en el ámbito contractual, si una misma relación obligacional genera al mismo tiempo un daño, pero también una ventaja, percepción de unos rendimientos económicos, deben compensarse uno y otra, a fin de que el contratante cumplidor no quede en una situación patrimonial más ventajosa con el incumplimiento que con el cumplimiento, con lo que la obligación de indemnizar los daños y perjuicios resarce económicamente el menoscabo patrimonial producido al perjudicado, concretándose en la pérdida de la inversión, pero compensada con la ganancia obtenida que tuvo la misma causa negocial, debiendo añadirse los intereses legales devengados desde la interpelación judicial.

En la demanda se solicitó con carácter principal la condena al pago de la cantidad 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, como si se hubiese ejercitado con acción de nulidad relativa o absoluta, con lo que es llano que, al no observar la sentencia esa línea jurisprudencial preindicada en cuanto a los intereses legales desde la interpelación judicial, aquélla ha de ser revocada en el único sentido de que los intereses legales se devenguen desde la interpelación judicial, lo que se traduce en una estimación parcial del recurso y, a fortiori, de la demanda".

Aquí se opta por el segundo criterio que es el que viene aplicándose en este Juzgado para las acciones indemnizatorias en productos bancarios por incumplimiento del deber de información precontractual, de forma que los intereses legales se devengan desde la interpelación judicial (solución basada en la adoptada por STS de 30 de diciembre de 2014 [ROJ: STS 5531/2014 - ECLI:ES:TS:2014:5531]).

Como quiera que no se ha podido determinar con una mínima fiabilidad el importe de los cupones, se determinarán en ejecución de sentencia, lo mismo que las comisiones aplicables a la custodia de los bonos AISA.

Por todo lo expuesto, condeno de la demandada a indemnizar a los actores con el importe de la inversión (40.000 €) más las comisiones de custodia cargadas por los bonos AISA a determinar en ejecución de sentencia, minorado por los rendimientos o cupones percibidos por el producto hasta la fecha de su vencimiento (14/08/2011), a determinar en ejecución de sentencia, más los intereses legales de la cantidad resultante desde la interpelación judicial.

DÉCIMO.- No se hace especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta primera instancia, porque la estimación es parcial, en tanto que la parte actora no solicitaba que se minorara la indemnización con el importe de los cupones cobrados y pedía los intereses legales desde la fecha de la inversión, extremo este último que por sí sólo justifica (**SAP de Madrid, Civil, sección 10ª, de 06 de noviembre de 2020** [ROJ: SAP M 13834/2020 - ECLI:ES:APM:2020:13834]) que se considere que existe estimación parcial de la demanda y que no proceda la condena en costas (art. 394 L.E.C. 1/2000).

FALLO

V I S T O S los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

ACUERDO: ESTIMAR parcialmente la demanda formulada por
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx *contra* CAIXABANK, S.A., y, en consecuencia,
CONDENO a la parte demandada a que abone a la actora la el importe de la inversión
(40.000 €), más las comisiones de custodia cargadas por los bonos AISA a determinar
en ejecución de sentencia, minorado por los rendimientos o cupones percibidos por el
producto hasta la fecha de su vencimiento (14/08/2011), a determinar en ejecución de
sentencia, más los intereses legales de la cantidad resultante desde la interpelación
judicial, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta primera
instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes en legal forma, con la indicación
de que la misma no es firme, y que contra la cual cabe recurso de apelación a
interponer en el plazo de veinte días desde la notificación, ante este Juzgado.

Líbrese y únase testimonio de la presente resolución a las actuaciones con
inclusión de la original en el Libro de Sentencias.

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

E /.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr.
Magistrado Juez que la suscribe, estando celebrando Audiencia Pública en el día de su
fecha; doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada
sólo podrá llevarse a cabo previa 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 CARLOS CEBALLOS NORTE