

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 39 DE MADRID

Calle del Poeta Joan Maragall, 66 , Planta 5 - 28020

Tfno: 914932822

Fax: 914932824

42020310

NIG: 28.079.00.2-2020/0089630

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 527/2020

Demandante: Dña. ROSA

PROCURADOR D. MARIANO DE LA CUESTA HERNANDEZ

Demandado: CAIXABANK SA

PROCURADOR D. MIGUEL ANGEL MONTERO REITER

SENTENCIA nº319/21

En Madrid, a veintidós de julio de dos mil veintiuno.

Vistos por Dª. Lucía Legido Gil, Magistrada-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia nº 39 de Madrid, los presentes autos de juicio ordinario nº 527/2020, seguidos a instancia de Dª. Rosa, representada por el Procurador D. Mariano de la Cuesta Hernández y asistida por el Letrado D. Eduardo Rodríguez de Brujón Fernández, frente a la entidad CAIXABANK, S.A. (CAIXABANK en adelante), representada por el Procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter y asistida del Letrado D. Salvio Codes Belda, sobre daños y perjuicios por incumplimiento del derecho de información en la contratación bancaria.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 4 de agosto de 2020 tuvo entrada en este Juzgado demanda de juicio ordinario presentada por el Procurador D. Mariano de la Cuesta Hernández, en nombre y representación de Dª. Rosa, frente a la entidad CAIXABANK, en ejercicio de acción principal de daños y perjuicios por incumplimiento del derecho de información en la contratación bancaria del producto de inversión BONOS AISA 08/11 5% BO, con condena a la demandada al pago de la cantidad de 12.145,20 euros de principal, más intereses legales y costas.

SEGUNDO.- Una vez subsanados los defectos apreciados en el escrito de demanda, la misma fue admitida a trámite por Decreto de fecha 23 de diciembre de 2020, emplazándose a la demandada por veinte días para que la contestase.

TERCERO.- El escrito de contestación a la demanda se recibió en el Juzgado en fecha 22 de marzo de 2021, en virtud del cual interesó la demandada la íntegra desestimación de la demanda formulada de adverso, con costas a la parte actora.

CUARTO.- La audiencia previa tuvo lugar en la fecha señalada, 22 de junio de 2021, asistiendo al acto ambas partes debidamente asistidas y representadas. Se celebró el acto al objeto de cumplimentar las finalidades previstas legalmente, por lo que, tras ratificar

ambas partes sus respectivos escritos rectores, se concretaron los hechos controvertidos del litigio en los términos que constan recogidos en el oportuno soporte de grabación audiovisual. Propusieron las partes únicamente medios documentales, quedando admitidos los ya incorporados al procedimiento. Sin más trámite, quedaron luego los autos vistos para Sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Trae causa el presente litigio en la contratación de bonos de inversión AISA 08/11, ejercitándose, frente a CAIXABANK, en su no negada condición de sucesora de BANKPYME (Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, S.A.), acciende daños y perjuicios a consecuencia del incumplimiento del derecho a la información en la contratación bancaria. Se justifica la legitimación activa en autos en la condición de la actora de titular de este producto, emitido por la sociedad AISA FERGO, con un valor de 12.000 euros, y adquirido por su madre fallecida, D^a. María, a virtud de contratación de fecha 5 de julio de 2006 (documento nº 2 de la demanda), y de propiedad de la actora por título hereditario (documentos nº 4 y 5). Tras abundar la demanda sobre la legitimación activa y pasiva en los autos, se aborda la comercialización del producto a la madre de la actora, tras recomendación y colocación por parte del Banco, bajo la fórmula de “contrato de compraventa con pacto de recompra”. Se apunta que se indicó a la inversora que el producto no tenía ningún riesgo, que era un depósito de renta fija, que la mercantil AISA FERGO era muy solvente y que BANKPYME respondería en caso de riesgo, contando además la inversora con el pacto de recompra y con liquidez total en el mercado secundario. Se colocó pues el producto a una persona sin experiencia inversora y sin facilitar información alguna sobre los riesgos de la inversión. Se indica que no se abonaron los intereses según lo convenido pues dejaron de pagarse desde agosto de 2008 y que, con el tránsito a CAIXABANK, dejó de informarse de la situación de su producto, siendo que se han ido modificando al alza los precios de la comisión de custodia de las cuentas de valores donde están depositados los bonos. Se incide en que BANKPYME no informó del verdadero contenido del producto y de sus riesgos, fundamentalmente el riesgo de crédito que se cernía sobre sus inversiones como resultado de la progresiva degradación del emisor, siendo tesis de la actora que a fecha de emisión de los Bonos la entidad emisora se encontraba en situación de quiebra técnica, como a continuación pasa a examinar de forma prolija con el cronograma histórico que reputa de interés y con soporte en el informe de la Administración concursal (documentos nº 21 y 22 de la demanda) y con los sucesivos historiales de cotización, llamándose la atención sobre la circunstancia de formar parte la entidad comercializadora BANKPYME del grupo FERGO AISA. Se recuerda también el perfil de la cliente, moderado y conservador, en cualquier caso consumidora minorista, usuaria de un servicio de inversión. Se apuntala a este respecto que no se verificó test alguno de clasificación al cliente, pese a resultar exigibles incluso en la normativa pre-MIFID. Sobre la verdadera naturaleza del producto se apunta que se comercializó como “renta fija” pero en realidad se trataba de un bono de empresa, con retribución fija, de imposible venta anticipada y, por ende, de imposible liquidez antes de su vencimiento, y con un riesgo de perder el 100% del producto en caso de quiebra de la entidad emisora, al modo en que finalmente acaeció.

En la concreción de los daños y perjuicios resarcibles se alude al principal de la inversión, 12.000 euros más la cantidad de 145,20 euros por las comisiones de custodia cobradas (algunas de ellas justificadas en los documentos nº 52 a 57), más los intereses de demora a devengar desde la fecha en que se adquirieron los bonos, el 5 de julio de 2006, con reseña luego, bien que de soslayo, en la fundamentación jurídica y sin traslado al suplico, a la minoración de los rendimientos percibidos.

Ya en sede de fundamentación jurídica se niega la caducidad de la acción ejercitada en la consideración de resultar aplicable el plazo de 15 años que preveía la regulación anterior del art. 1964 CC, siendo la acción ejercitada, como luego se aclaró en la audiencia previa, de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual, a resultas de un incorrecto asesoramiento.

La entidad demandada, en el panorama de desconcierto que dice haberle generado el texto de la demanda al resultar imposible concretar la acción verdaderamente ejercitada, apunta que una eventual acción sobre error vicio estaría más que caducada; una eventual infracción por incumplimiento de obligaciones de asesoramiento, derivados de una venta asesorada, sería previa a la suscripción de los bonos y quedaría afecta del plazo de prescripción del art. 945 CCo (3 años); y otras denuncias, como un supuesto incumplimiento en el seguimiento de la inversión o como custodio, estarían cobijadas en el art. 1124 CC y, en cualquier caso, no tendrían relación alguna con la inversión realizada o el destino de la inversión. En el examen del proceso de colocación del producto se denuncian quiebras importantes en la carga de probar que, entiende la demandada, pesa sobre la contraparte, de suerte que se niega rotundamente la relación de asesoramiento. Sobre el perfil de la madre de la actora, por remisión al propio documento nº 3 de la demanda, se concluye que la misma era titular de otra variada cartera de productos de inversión. Se defiende también la correcta información sobre los riesgos del producto a la cliente pues, de hecho, se materializaron dos de los más perjudiciales para el cliente (suspensión en la percepción de cupones en el 2008 y vencimiento en el 2011) y nada se dijo al efecto. Se niega, en definitiva, incumplimiento alguno, ni previo ni posterior a la contratación, así como relación causal entre la información proporcionada y lo que se reclama. Se alega también pluspetición, en la consideración, de corte subsidiario, de que el cliente solo tiene derecho a percibir una suma neta, de la que habrían de descontarse los rendimientos brutos percibidos durante la vida del producto (2.494,71 euros) más los intereses legales, cuantificados en 2.636,10 euros, y ello según certificación adjunta a la contestación como documento nº 2. El principal, pues, en tesis de la demandada, nunca podría ser superior a 7.014,39 euros. También aprecia pluspetición la demandada en la solicitud de intereses desde la fecha de la inversión, pues, conforme a jurisprudencia del Tribunal Supremo, solo procederían, en su caso, desde la interpelación judicial. Se denuncia además la falta de concreción de los intereses acumulados de 14 años objeto de reclamación en demanda, lo que se entiende quebrante el art. 219 LEC.

En la fundamentación jurídica se completan las argumentaciones precedentes, con cita además de la doctrina del retraso desleal de la acción, como institución distinta a la de caducidad y prescripción, sobre las que también se abunda. En cualquier caso se niega la existencia de incumplimiento negligente, incidiéndose en que los que se denuncian fueron impuestos en normativa posterior a la contratación, de suerte que se quiere ver en la documentación escrita de la orden de compra hasta un “exceso” por

BANKPYME en el cumplimiento de la normativa por cuanto hubiera sido suficiente una orden verbal. Se insiste en negar relación causal entre la información proporcionada en el 2006 y la declaración de concurso en 2008 de la emisora.

SEGUNDO.- Respecto de la normativa y principios aplicables para dar respuesta al presente litigio, en primer lugar, conviene comenzar precisando que, en el supuesto que nos ocupa, resulta de plena aplicación toda la legislación relativa a la defensa de consumidores y usuarios, dada la condición del adquirente del producto financiero, que es destinatario final del servicio bancario prestado, servicio éste que, además, se presenta como ajeno a cualquier actividad empresarial desarrollada por el mismo, cuestión que no es discutida de contrario.

En este sentido, la buena fe contractual que ha de imperar en todo ámbito viene a concretarse en términos más rigurosos y, en particular, ha sido destacada por la doctrina y la jurisprudencia la importancia que debe otorgarse al derecho de información en la contratación con consumidores en orden a conformar una verdadera voluntad contractual y, en particular, en el ámbito de la contratación bancaria.

Al respecto se señalan las referencias contenidas en los artículos 8, 12, 17 o 18 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, y se destaca el contenido de los artículos 60 y 80 del mismo texto legal. Así el artículo 60.1 citado, relativo a la información previa al contrato, dispone: “antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo”. Por su parte, el artículo 80, en relación con las cláusulas no negociadas individualmente, dice: “1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:

- Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

- Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido.

- Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

2. Cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor”.

En segundo lugar, la aplicación de la normativa de protección de consumidores no excluye la procedencia de un singular amparo de la parte demandante en su contratación como cliente con el Banco demandado, con arreglo a otra especial normativa tendente a regular las relaciones contractuales que se vengán a formalizar entre tal clase de sujetos y en las que, asimismo, cobra gran relevancia la materia objeto de negociación. En relación con esto se ha dicho que el derecho a la información en el

sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible.

Así, la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su art. 48-2, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, siquiera en términos de mera generalidad, sienta como una de las bases que deben presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela que los correspondientes contratos se formalicen por escrito debiendo los mismos reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes contratantes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación.

Por su parte, en relación a las condiciones generales de los contratos, la Ley 7/1998, de 13 de abril, rechaza todas aquellas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, al punto de poder ser decretada su nulidad de pleno derecho si ocasionan un perjuicio a la parte adherente del contrato. Bien entendido que la aplicación de esta normativa exige una concreción sobre las condiciones cuya nulidad se solicita y sobre la concurrencia de los requisitos de tal nulidad en tal concreta cláusula, lo que no se hace en el caso de autos.

Pero la que real y efectivamente viene al caso es la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia y sorprende, sobre todo, lo prolijo del desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual.

Este desarrollo ha sido tanto más exhaustivo con el discurrir del tiempo y así si el art. 79 de la L.M.V., en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios, el R.D. 629/1.993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidido por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva" (art.5.3)

La aparición en el mercado de las formas de inversión más variadas, en las que se revela una evidente exposición de los contratantes a diferentes riesgos, determinó que en el ámbito comunitario se promulgara la denominada normativa MIFID (Markets in Financial Instruments Directive), plasmada en primer término en la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2.004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, en la que se impone en los Estados miembros la exigencia a las entidades de un específico código de conducta destinado a asegurar

una cumplida información sobre las actividades comprendidas en su ámbito de aplicación. Y en ese mismo camino se enmarca la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la antes mencionada en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva, en la que destaca sustancialmente la clasificación de los clientes (minorista/profesional) a efectos de delimitar la extensión de la protección que dispensa y la introducción de los test de conveniencia e idoneidad que se imponen para valorar la aptitud del interesado y el efectivo conocimiento de la inversión.

La trasposición del derecho comunitario vino a materializarse en derecho interno mediante la Ley 47/2007, de 19 de Diciembre, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, que expresamente incluye en el ámbito de aplicación de la misma los mismos instrumentos financieros expresados para la Directiva (artículo 2) y que continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos (art.79, bis nº 3, 4 y 7).

Luego, el Real Decreto 217/2008, de 15 de Febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión (que deroga el Real Decreto 692/1993, antes mencionado), no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual (artículos 60 y siguientes, en especial 64 sobre la información relativa a los instrumentos financieros); imponiendo a las entidades que prestan el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras la realización de una evaluación de la idoneidad del cliente (artículo 72) y obligando a las entidades que presten servicios de inversión distintos de los mencionados en el apartado anterior el deber de determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado (artículo 73).

Normativa toda la anterior que, si bien se haya sujeta a una inacabada polémica sobre su naturaleza administrativa o jurídica privada (integrando o no, por tanto, el contenido del contrato suscrito por las partes), en todo caso, no puede ser ignorada en cuanto puede y debe integrarse como supuesto de hecho de la norma privada aplicable (en este sentido sentencia del Tribunal Supremo de 20-1-2003).

Finalmente, todavía cabe tener en cuenta en relación con la materia que nos ocupa, la Circular de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 7 de mayo de 2009, en que se incide, entre otros aspectos: en la necesidad de distinción entre los servicios de asesoramiento y comercialización, en la exigencia de una documentación fehaciente de las recomendaciones personalizadas, en la existencia de procedimientos internos de formación del personal comercial (apartado 1); en la necesidad de transmitir

a los clientes una información clara y sencilla, que se entregue con la suficiente antelación, haciendo especial hincapié en los riesgos concretos del producto (apartado 2); en que no es apropiado que se incluya solo una advertencia genérica de las características y riesgos del producto (apartado 3). También puede citarse la guía publicada por la CNMV para la realización de los test de conveniencia e idoneidad, en que se indica la necesidad de realizar el test de idoneidad cuando se presta un servicio de asesoramiento aunque sea puntual y el test de conveniencia cuando se presta exclusivamente un servicio de comercialización; se detalla el modo como deben hacerse esos test; y, se expresa que debe haber una información completa de cuál sea el resultado del test para que los clientes sean perfectamente conscientes de que sus conocimientos y experiencia no son los adecuados para comprender los riesgos del producto y el resultado del test tenga un eficaz efecto disuasorio que evite continuar la contratación, aunque no la prohíba.

La importancia de una adecuada información en el ámbito que nos ocupa es reiterada por la doctrina. Así, el Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 18 de abril de 2013 (relativa a un supuesto de participaciones preferentes, si bien en el seno de un contrato de gestión discrecional de cartera de inversión), incide en la particular importancia del deber de información: “los valores negociables son activos financieros que, por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, son susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en un mercado de índole financiera... Son bienes potencialmente fructíferos cuyo valor reside en los derechos económicos y de otra naturaleza que incorporan. Dada su complejidad, sólo son evaluables en aspectos tales como la rentabilidad, la liquidez y el riesgo por medio de un proceso informativo claro, preciso y completo. La información es muy importante en este ámbito de la contratación. De ahí el estándar elevado impuesto al profesional en la normativa que ha sido examinada. El suministro de una deficiente información por parte de la empresa que presta servicios de inversión al cliente puede suponer una negligencia determinante de la indemnización de los daños y perjuicios causados. Las normas reguladoras del mercado de valores exigen un especial deber de información a las empresas autorizadas para actuar en ese ámbito”.

Por todo lo anterior la jurisprudencia considera que la suscripción de productos como el que nos ocupa constituye un producto complejo en relación al resto de contratos bancarios existentes, lo que supone que la entidad bancaria debe ser extremadamente diligente en la obtención de la información sobre los datos esenciales de los clientes para conocer que el producto financiero puede ser ofrecido. También debe facilitarse la información precisa para que el cliente sea plenamente consciente del objeto del contrato y de las consecuencias del mismo. La razón de ello se fundamenta, además de en la complejidad, en la distinta posición de las dos contratantes. Por un lado, la entidad bancaria demandada conocedora del entorno financiero y del producto que oferta, y por otro lado, el cliente que suscribe el producto, al que, si goza de la condición de consumidor, debe serle aplicable la normativa tuitiva de protección de consumidores.

La normativa señalada constituye el marco esencial de la información que deben prestar las entidades de crédito a los clientes minoristas, debiendo comportarse con diligencia y transparencia, cuidando sus intereses como si fueran propios, debiendo también mantener, en todo momento, informados a los clientes. A lo que debe unirse que tal información ha de ser imparcial, clara y no engañosa y debe versar sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión a fin de que la misma le permita comprender la naturaleza y los riesgos del tipo específico del instrumento financiero que

se ofrece, que le permita tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa, de ahí la obligación que el legislador impone a la entidad financiera o al banco para que desarrolle una determinada actividad informativa. Debiendo señalarse, respecto de la suficiencia y claridad de la información que debe facilitar la entidad de crédito, que es ésta la que debe probar que ha cumplido con los deberes de información necesarios a tenor de la legislación vigente (Sentencia de 4 de diciembre de 2010 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos), así como que la diligencia que le es exigible a la entidad financiera no es la de un buen padre de familia, sino la de un ordenado empresario y representante legal, en defensa de los intereses de sus clientes (Sentencia de 16 de diciembre de 2010 de la Secc. 5ª de la Audiencia Provincial de Asturias). Las previsiones anteriores tienen su importancia en orden a conseguir que la información prestada reúna unas condiciones objetivas de corrección (información clara precisa suficiente y tempestiva) y otras que podían calificarse de subjetivas por atender a circunstancias concretas del cliente (experiencia, estudios, contratación previa de otros productos.....) Lo anterior trae como consecuencia que no puedan establecerse criterios generales para la solución de la cuestión planteada, debiéndose examinar caso por caso las circunstancias concurrentes tanto en lo que se refiere a la obligación de la entidad bancaria de información al cliente, como los caracteres o perfil de éste y los términos en que se plasma la relación contractual, con relación al aludido deber de información. (S. A.P. Gijón 29/7/13, Madrid 9/12/13, Córdoba 12/7/13 y Pontevedra 4/4/13 entre otras)

TERCERO.- Son numerosos los procedimientos análogos al que hoy nos ocupa, con idéntico ejercicio principal de acción de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de las obligaciones de información derivadas de una relación de asesoramiento, que han encontrado ya suerte estimatoria en la jurisprudencia de nuestra Audiencia Provincial, a la cual este Juzgado se acoge para la resolución de las cuestiones controvertidas en estos autos.

Desde tal conceptualización de la acción principal ejercitada en autos, oportunamente explicitada también al tiempo de la audiencia previa, huelga consideración alguna en esta Sentencia a la excepción de caducidad opuesta por la demandada para caso de sostenerse una eventual nulidad del contrato por vicio de consentimiento. En el mismo sentido habrá de concluirse que no resulta de aplicación ninguno de los plazos de prescripción que, indiscriminadamente, se invocan en la contestación a la demanda. Sobre el prevenido en el art. 945 CCo, ha de recordarse, con la STS 82/2009, que 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.

Como dijese la Sentencia de la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de noviembre de 2020, “estamos en presencia de un producto complejo y de riesgo, no habiéndose acreditado en absoluto por la entidad financiera se haya dado cumplimiento escrupuloso de informarse los actores de forma detallada sobre los riesgos de los bonos vendidos a sus clientes, quienes 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, lo que, amalgamado con la falta de acreditación de la experiencia financiera de los actores, sí permite colegir que dicho producto fue recomendado a aquellos, con lo que si se ha incidido en la responsabilidad por la que se postuló en la demanda con carácter principal, al haber ofrecido un producto que no se ha atemperado al perfil de los demandantes, colmándose de esta suerte todos los requisitos a que se subordina la vivencia de la acción entablada”.

En otras Sentencias (por todas, la de la Sección 25ª de 30 de junio de 2020) se tiene por cierto incluso, con alusión a litigios resueltos, con firmeza, por el Tribunal Supremo, que “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”. En tal contexto, argumenta la Sentencia aquí citada, “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 eso, compartimos cuanto se afirma en la Sentencia apelada respecto a la existencia de asesoramiento”.

Perfectamente extrapolables también a las controversias suscitadas en estos autos son las conclusiones de la Sentencia de la Sección 18ª de la misma Audiencia Provincial de Madrid de 2 de octubre de 2020, cuando indicaba que “en este caso no obra documentación alguna en la que conste la información que fue facilitada por el banco a la demandante sobre la naturaleza y riesgos del referido producto, cuya existencia ni tan siquiera se alega en la contestación a la demanda sin que por otra parte se haya practicado testifical alguna”. Al igual que allí se concluía, considera el Juzgado que la madre de la demandante nunca estuvo en disposición de conocer las características y riesgos del producto adquirido. Añade la indicada Sentencia, y se puede también traer aquí a colación: “Conclusión que no puede quedar desvirtuada porque la demandante hubiese sido titular de otros bonos de la misma naturaleza respecto de los cuales se ignora qué información recibió en su momento, pues como dice la STS 667/2018, de 23 de noviembre, *“En lo referente al perfil de los clientes, que el codemandante hubiera invertido cantidades moderadas en participaciones preferentes y en un fondo de inversión, o que tuviera un plan de pensiones, no supone necesariamente que pudiera conocer que en un contrato de compraventa de bonos celebrado con el banco “con pacto de recompra”, la restitución del capital no estuviera garantizado. Tanto más cuando se trató de inversiones ofertadas por la misma entidad bancaria y no*

ha probado que en ellas se hubiera informado adecuadamente al cliente sobre la naturaleza y los riesgos de los productos de inversión ofertados". De la documentación adjunta a los autos se extraen, en orden al perfil de la cliente, datos de interés que vienen a apuntalar las conclusiones expuestas. Así, por ejemplo, concurrió a otorgar testamento, en estado de viuda y con constancia por el Notario de "sin profesión especial".

Sí va a acoger el Juzgado la excepción de pluspetición que, con varios frentes, opuso la entidad demandada. Una dilatada línea jurisprudencial (por todas, STS de 19 de febrero de 2020) 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.

Ocurre en el caso de autos que pasa de soslayo la demanda sobre la minoración de la cuantía objeto de reclamación en razón de los cupones que, cuando menos hasta 2008, se dicen percibidos, sin traslado de mención alguna al suplico del escrito rector. Por más que no se cuantifiquen los mismos en demanda, y quedase imputando, por nulo y con tacha de falsedad contable, el certificado de rendimientos adjunto a la contestación como documento nº 2, no puede exonerarse del fallo de la condena tal precisión en orden al importe a restituir por la demandada, cuya concreción se deja al trámite de ejecución de Sentencia. La concreción de los gastos de custodia no tiene tampoco soporte documental completo en los documentos nº 52 a 57.

También se peticionan de forma explícita, en contra del criterio jurisprudencial expuesto, con ocasión de la acción principal ejercitada, unos intereses legales desde la fecha de los cargos en cuenta correspondientes. Siendo los procedentes los legales desde la interpelación judicial, conforme a la jurisprudencia indicada, es clara que la petición de la actora, que se cursa en demanda presentada el 20 de abril de 2020 cuando la contratación del producto tuvo lugar el día 5 de julio de 2006 (casi 19 años después), ostenta una trascendencia económica que debe abocar, junto a lo antes argumentado, a fallar finalmente una estimación parcial de la demanda. Y ello por procurarse la parte actora unas ventajas económicas propias de una acción de nulidad contractual que no es la que luego reconoce ejercitar.

NOVENO.- La estimación parcial de la demanda, según cuanto se acaba de argumentar, comporta la declaración de las costas de oficio, al amparo de lo prevenido en el art. 394.2 LEC.

FALLO

ESTIMAR PARCIALMENTE LA DEMANDA interpuesta por el Procurador D. Mariano de la Cuesta Hernández, en nombre y representación de D^a. Rosa frente a la

entidad CAIXABANK S.A., que estuvo representada en el litigio por el Procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter, y, en consecuencia, DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO por la demandada, sucesora a todos los efectos de BANKPYME, de sus obligaciones dimanantes de una venta asesorada y, consecuentemente CONDENAR A LA DEMANDADA a que abone a la actora, en concepto de daños y perjuicios causados, la suma objeto de inversión (12.000 euros) más las cantidades abonadas en concepto de custodia, y con minoración de los rendimientos percibidos durante la vida del producto, a concretar todo ello en ejecución de Sentencia, y con los intereses legales desde la interpelación judicial, además de los que, ex lege, pauta el art. 576 LEC.

Procede declarar las costas de oficio.

NOTIFÍQUESE la presente sentencia a las partes personadas, haciendo saber a las mismas que NO ES FIRME, y contra ella cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN ante la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, que, en su caso, deberá interponerse por medio de escrito ante este Juzgado en el plazo de los veinte días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación. Para recurrir es de aplicación la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, en su nueva redacción dada por el apartado 19 del art. 1 de la LO 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Así lo acuerda, manda y firma LUCÍA LEGIDO GIL, MAGISTRADA-JUEZ del Juzgado de Primera Instancia nº 39 de Madrid.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Magistrada que la suscribe, estando constituida en audiencia pública en el mismo día de su fecha, de todo lo cual, DOY FE.-