



JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 67 DE MADRID

Calle del Poeta Joan Maragall, 66 , Planta 7 - 28020

Tfno: 914932872

Fax: 914932876

42020310

NIG: 28.079.00.2-2020/0083344

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 516/2020

Materia: Indemnización de daños y perjuicios

Demandante: D./Dña. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

PROCURADOR D./Dña. MARIANO DE LA CUESTA HERNANDEZ

Demandado: CAIXABANK S.A

PROCURADOR D./Dña. MIGUEL ANGEL MONTERO REITER

SENTENCIA Nº 35/2021

En la ciudad de Madrid a cinco de febrero del año dos mil veintiuno.

Vistos por la Sra. Dña. MARTA DÍEZ PÉREZ-CABALLERO,

Magistrada-Juez de Primera Instancia del Juzgado número 67 de esta Ciudad y su partido, los presentes autos de Juicio Ordinario nº 516/2020, seguidos a instancias de D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, representado por el Procurador D. Mariano de la Cuesta Hernández, contra Caixabank S.A., representada por el Procurador D. Miguel Montero Reiter.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, representado por el Procurador D. Mariano de la Cuesta Hernández, se formuló demanda de Juicio Ordinario contra Caixabank S.A., en la que por medio de párrafos separados exponía los hechos en que fundaba su pretensión, acompañaba los documentos pertinentes y hacía alegación de los fundamentos de derecho que entendía aplicables al caso y finalizaba con la súplica de que, tras su legal tramitación se dicte Sentencia en los siguientes términos:

1.- Con carácter principal, declarando que la demandada, como sucesora 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 1.101 del Código Civil, se condene a indemnizar a la actora, por los daños y



perjuicios causados, equivalentes a la devolución de la suma invertida de 12.000 euros, más los intereses de esa suma desde la fecha de los cargos en su cuenta y hasta la efectiva devolución.

2.- Subsidiariamente, declarando que la demandada 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 1.101 del Código Civil se le condene a indemnizar al actor por los daños y perjuicios causados, equivalentes a la pérdida de valor de la 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 12.000 euros, más los intereses de dicha suma desde la fecha de los cargos en cuenta de la misma, hasta su efectiva devolución.

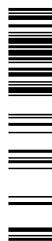
Todo ello haciendo expresa imposición de costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte demandada, emplazándola por el término de veinte días para contestar, compareciendo dentro de plazo formulando oposición a las pretensiones de contrario, solicitando su desestimación, invocando las excepciones de falta de legitimación pasiva, caducidad de la acción de nulidad ejercitada, prescripción de la acción de incumplimiento y pluspetición.

TERCERO.- Convocadas las partes a la celebración de audiencia previa, el día señalado comparecieron ambas partes, poniendo de manifiesto la subsistencia del litigio y la imposibilidad de llegar a un acuerdo entre ambos. Efectuando la parte actora las alegaciones que estimó procedentes en relación con las excepciones invocadas de contrario.

Continuando la celebración de la audiencia, una vez fijados los hechos controvertidos se recibió el procedimiento a prueba, proponiéndose por ambas partes únicamente documental. Siendo declarada pertinente en su integridad y no siendo necesaria la celebración de vista, previo informe de las partes quedaron las presentes actuaciones concluidas para dictar sentencia.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han respetado las prescripciones legales.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- ALEGACIONES DE LAS PARTES.

Es pretensión de la parte demandante que se dicte sentencia en los siguientes términos:

1.- Con carácter principal, declarando que la demandada, como sucesora 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 1.101 del Código Civil, se condene a indemnizar a la actora, por los daños y perjuicios causados, equivalentes a la devolución de lasuma invertida de 12.000 euros, más los intereses de esa suma desde la fecha de los cargos en su cuenta y hasta laefectiva devolución.

2.- Subsidiariamente, que se declare que la demandada 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 1.101 del Código Civil se le condene a indemnizar al actor por los daños y perjuicios causados, equivalentes a la pérdida de valor de la 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 12.000 euros, más los intereses de dicha suma desde la fecha de los cargos en cuenta de la misma, hasta su efectiva devolución.

De acuerdo con lo expuesto en la demanda, la acción resarcitoria de daños y perjuicios se ejercita en relación con la contratación del producto denominado "Bonos Aisa 08/11 5% BO" que sostiene fue adquirido por la recomendación de los comerciales de la entonces Bankpyme en la oficina sita en la Calle Doctor Fleming de Madrid, en fecha de 13 de julio de 2006, por importe de 12.000 euros. Expone que era cliente de la citada entidad desde más de 10 años y que suscribió los bonos por medio de un contrato de "compraventa con pacto de recompra" al asegurarle la demandada que no tenían ningún riesgo, que era un depósito de renta fija, que la mercantil Aisa Fergo era una empresa solvente y que, en todo caso, Bankpyme respondería en caso de riesgo por el pacto de recompra de la inversión y, sobre todo, que tenía liquidez en el mercado secundario.

Funda su pretensión contra la demandada, como sucesora de Bankpyme, al estimar que había vulnerado las normas imperativas e incumplido las obligaciones de asesoramiento e información exigibles a toda entidad bancaria. En particular sostiene que la contratación se llevó a efecto sin que le ofreciera una suficiente y correcta información sobre los riesgos del producto, ajustada a su formación y perfil conservador, ofreciéndole un producto que no era conveniente ni idóneo, además de ocultar la verdadera situación financiera de Aisa, tanto en el momento de la comercialización como posteriormente.

Desarrolla a continuación la mala situación financiera que mantenía de Aisa Fergo, la cual fue ocultada a los adquirentes de los bonos, y que existiendo en el momento de la emisión de los bonos, empezó a hacerse notoria en el segundo semestre del año 2008, consolidándose en los años 2009 y 2010 hasta llegar a una situación de completa insolvencia que culminó el 9 de julio de 2013 con la declaración del concurso necesario, por lo que la cantidad invertida había devenido en irrecuperable.

Por lo que interesa se declare la responsabilidad de la demandada, ex art. 1101 del Código Civil, para el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la contratación del producto, daños que cifra en la suma invertida de 12.000 euros, con los intereses correspondientes.

La parte demandada formuló expresa oposición a las pretensiones de contrario, solicitando su desestimación. Alegando que en la demanda, a pesar de referirse a una inversión del año 2006, invoca normativa posterior, sin concretar que obligación se habría incumplido, añadiendo que era imposible saber que acción ejercita, dado que todos los hechos y conclusiones se refieren al error vicio, acción que estaría caducada.

Añadiendo que sólo en el suplico se invoca, por única vez, el artículo 1.100 del Código Civil, acción que sostiene estaría prescrita, en tanto que acción de incumplimiento relacionada con deberes anteriores a la contratación, por lo que considera tendría como base el art. 1902 del Código Civil o el art. 945 del Código de Comercio, si se considerase el incumplimiento de las labores de asesoramiento. Destacando, en este ámbito, que los cupones se dejaron de pagar en el año 2008 y que el vencimiento del bono era en el año 2011.

Aludiendo, en todo caso, el retraso desleal en el ejercicio de sus derechos, a la vista del tiempo transcurrido desde la contratación objeto de controversia y la presentación de la demanda.

Invocando a su vez la excepción de falta de legitimación pasiva, al mantener que el actor no adquirió los bonos en

la oferta inicial, sino en un momento posterior, por lo que el precio de adquisición fue de 12.144'26 euros, cuando los bonos cotizaban en el mercado y se habían revalorizado. De manera que, al comprar en el mercado secundario, Bankpyme no tenía legitimación pasiva.

Negando, en todo caso, los hechos expuestos en la demanda, discutiendo los pretendidos incumplimientos que le atribuye, tanto previos, como posteriores a la contratación. Además de negar la existencia de relación de asesoramiento, sostiene que la información ofrecida al demandante en el momento de la contratación fue completa, detallada y adecuada a su perfil, discutiendo además que fuera conservador, a la vista de los productos de los que era titular entonces.

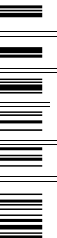
Discutiendo finalmente la indemnización reclamada, alegando que el cliente sólo tendría derecho a percibir una suma neta, descontando los cupones que hubiera recibido durante la relación contractual con Bankpyme. Aportando certificación por la suma de 1.271'57 euros, suma que, incrementada en los intereses legales, sostiene debía descontarse de principal reclamado. Por lo que también invoca la pluspetición.

SEGUNDO.- NATURALEZA JURÍDICA DEL PRODUCTO FINANCIERO LITIGIOSO.

Con carácter previo procede efectuar una serie de precisiones en relación con el producto contratado, destacando que si bien no ha sido aportada prueba documental del contrato suscrito en julio del año 2006, no se discute que lo contratado en este caso fueron unos Bono Fergo Aisa 08/11 5%, por un valor nominal de 12.000 euros, con un rendimiento del 5% pagadero cada día 14 de agosto, con vencimiento el 14 de agosto de 2011, no amortizable anticipadamente por el emisor ni por el inversor, cotizable en el mercado secundario de renta fija.

De forma general puede indicarse que los **Bonos son títulos representativos de un préstamo, o empréstito, que concede el inversor al emisor, que los emite con el fin de captar fondos directamente de los mercados financieros.** Como en cualquier otro título de deuda, el emisor se obliga frente al tenedor (el bonista u obligacionista), a devolverle, al vencimiento, el capital principal con unos intereses, o rendimientos, que pueden ser un rendimiento fijo anual, o un rendimiento cuya determinación se realiza por referencia al valor de un activo subyacente

Por lo que se refiere al riesgo de los citados productos, indicar que el principal radica en la posible insolvencia del emisor de los bonos. Tratándose



precisamente de lo ocurrido en este caso, al haber sido declarada en concurso la entidad emisora, Fergo Aisa S.A.

De forma más precisa, por lo que se refiere a los "Bonos Aisa Fergo" objeto de la presente Litis, han sido examinados en fechas recientes por la jurisprudencia, exponiendo la sección 21ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 22 de mayo de 2018 que: "la mercantil FERGO AISA era la cabecera de un grupo de sociedades pertenecientes al sector inmobiliario y constructor,., en proceso de expansión internacional, que tenía su sede central en Barcelona y que cotizaba en el Mercado Continuo de la Bolsa de Madrid cuando, afectada por la crisis económica global que aún hoy se arrastra, fue declarada en situación de concurso necesario por auto de fecha 9 de julio de 2013 del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona, encontrándose en liquidación por auto de 5 de diciembre de 2013 dictado por el mismo Juzgado.

De igual modo, debe también reseñarse que esta sociedad, cuando estaba operativa, recurrió a los llamados bonos corporativos o de empresa para financiar sus actividades. La emisión de autos es la segunda que hizo, la correspondiente al año 2006, que tenía una duración de cinco años y un vencimiento a la par previsto para el año 2011, con una rentabilidad del 5% anual, con cupón anual pagadero cada 14 de agosto, y sin posibilidad de ser reembolsables anticipadamente. Por lo demás, la Emisión estaba registrada en la CNMV y se ajustó a la normativa de aplicación entonces vigente, básicamente la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores y el Real Decreto 1310/2005 de 4 de noviembre, que la desarrolla en materia de admisión a negociación de los valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos".

También se refiere a los citados bonos la SAP de Madrid, Sección 25ª, de 10 de junio de 2016, precisando que "los bonos emitidos por las sociedades mercantiles del tipo que nos ocupa son de los descritos en el ordinal 2 del artículo 2 LMV. Por tanto son, como las obligaciones, parte de un empréstito, es decir, de un préstamo hecho al emisor. En realidad, actuar como prestatario no constituye una actividad implícita en el objeto social de ninguna persona jurídica, pues no se concibe su creación para endeudarse pidiendo préstamos, sino que lo hacen como un medio de obtener recursos económicos para afrontar sus necesidades y cumplir sus objetivos. Consecuentemente, la emisión de bonos no es característico y exclusivo de los Bancos, pudiendo emitirlos cualquier Entidad pública o privada que desee obtener financiación, y para ello basta recordar que los Estados también emiten bonos. Por tanto, la emisión de Bonos AISA no puede calificarse como producto bancario". "Por otro lado, la naturaleza de los BONOS AISA aparece

descrita en la Nota de Valores aportada por la parte actora como documento nº 7: título de deuda de mil euros de valor nominal, con un rendimiento del 5% pagadero cada día 14 de agosto, con vencimiento el 14 de agosto de 2011, no amortizable anticipadamente por el emisor ni por el inversor, cotizable en el mercado secundario de renta fija y amortizable al 100% de su valor nominal a su vencimiento; describiéndose en el extracto de "composición cartera de valores" aportada como documento nº 2 con el escrito de demanda como " AISA 5% 08/11 BO".

Debe destacarse que, en cualquier caso, como precisa la SAP de Madrid, Sección 13ª de 13 de febrero de 2018, **se trata de un producto financiero de viabilidad dudosa**, atendiendo a que se emitieron para la refinanciación de una emisión de bonos anterior, según la nota de valores registrada en la Comisión Nacional del Mercado de Valores el 4 de julio de 2006, no siendo segura la solvencia de la empresa emisora, que dejó de pagar intereses a los bonistas en el año 2008". **Habiendo sido considerados como producto complejo y de riesgo** por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 9ª, en sentencias de 22 de enero de 2019 y de 8 de marzo de 2018; sección 13ª, en sentencia de 13 de febrero de 2018 y sección 8ª, en sentencia de 17 de enero de 2018, entre otras. El Tribunal Supremo también los ha examinado en sentencias de 23 de noviembre de 2018 y de 20 de julio de 2020.

En suma, los bonos Aisa fueron emitidos con la finalidad de conseguir recursos financieros a cambio de que los compradores percibiesen un interés, y con la posibilidad de recuperar el dinero entregado a la fecha de vencimiento, estableciéndose un pacto de recompra. Dichos bonos deben ser calificados como un producto complejo de alto riesgo, atendido que en función de las oscilaciones del mercado podía comportar la pérdida total del capital inicial invertido al encontrarse su valor ligado a la solvencia de la entidad financiera emisora. Así, tal y como sucedió finalmente, al vencer el plazo previsto, el demandante no pudo recuperar el dinero porque la entidad emisora se encontraba en situación de concurso de acreedores y no disponía del capital invertido.

TERCERO.- NORMATIVA APLICABLE. DEBER DE INFORMACIÓN.

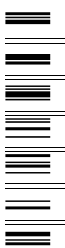
Debe tenerse en cuenta, por lo que se refiere a la normativa aplicable en este caso, que la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros (Directiva MiFID), si bien entró en vigor a partir del 1 de mayo de 2004, no exigía de los Estados miembros la plena aplicación de sus disposiciones hasta el

1 de noviembre de 2007 (la Directiva 2006/31/CE estableció ese plazo).

España no cumplió escrupulosamente dicho plazo, ya que la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, de reforma de la LMV, que traspuso al ordenamiento interno las disposiciones de la Directiva MIFID, no entró en vigor hasta el 21 de diciembre de ese año. De manera que los productos comercializados antes del 1 de noviembre de 2007 se rigen por el contenido primitivo del artículo 79 LMV así como por el Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que establece las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios.

En todo caso, la citada normativa ya desarrollaba el deber de información que competía a la entidad bancaria y que debía permitir que el "adquirente" pudiera tener un conocimiento razonable de lo que adquiere, información que ha de ser precontractual (oferta, promoción y publicidad: información de manera que no induzca ni pueda inducir a error en sus destinatarios y que no silencie datos fundamentales de los objetos de la misma), y contractual, en sentido amplio, completa e individualizada, sobre el objeto y condiciones del contrato, facilitando toda la información de que la entidad financiera disponga, pueda o deba disponer. En este sentido, el artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores, 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 (letras I.A. y I.C.). Y el Real Decreto 629/1.993, de 3 de mayo, concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida 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 dada operación conlleva" (art. 5.3.).

Por otra parte, en la Ley 47/2007 de 19 de diciembre por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores y que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros (MIFID), aunque no sea de aplicación al caso presente por la fecha de suscripción del producto cuestionado, anterior a su entrada en vigor, es relevante para conocer cómo se 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, experiencias financiera y aquellos objetivos (art. 79, bis núm. 3, 4 y 7).

En el mismo sentido el 29 de octubre de 2011 fue publicada en el BOE la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (tampoco es de aplicación al caso, pues el contrato es de fecha anterior a su publicación pero revela igualmente la importancia del consentimiento informado).

Con relación a la información precontractual establece que entidades de crédito deberán facilitar de forma gratuita al cliente de servicios bancarios toda la información precontractual que sea legalmente exigible para adoptar una decisión informada sobre un servicio bancario y comparar ofertas similares. Esta información deberá ser clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa y habrá de entregarse con la debida antelación en función del tipo de contrato u oferta y, en todo caso, antes de que el cliente formalice el contrato. Las entidades de crédito deberán facilitar a todo cliente explicaciones adecuadas y suficientes para comprender los términos esenciales de todo servicio bancario ofertado y adoptar una decisión informada, teniendo en cuenta sus necesidades y su situación financiera. Estas explicaciones comprenderán la aclaración del contenido de la información y comunicaciones, así como una indicación sobre las consecuencias que la celebración de un contrato de servicios bancarios pueda tener para el cliente.

En suma, la no aplicación de esta última normativa al supuesto que nos ocupa no eximía a la entidad bancaria de su deber de diligencia e información frente al cliente en la comercialización de productos como el controvertido en el procedimiento, siendo suficientes a estos efectos las previsiones del mencionado art. 79, conectado con los principios generales de buena fe y diligencias contractuales, y del Real Decreto 629/93 que abundaba en la exigencia a las entidades de suministrar a los clientes

todo tipo de información relevante, dedicando los precisos para que estos encontraran y contrataran los productos y servicios más adecuados a sus objetivos.

Obligación de informar que, como ha destacado el Tribunal Supremo en reiteradas resoluciones, es activa y no de mera puesta a disposición de documentación. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo 10/2017 declara sobre este punto: "No obstante, según dijimos en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 676/2015, de 30 de noviembre, es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación -activa y no de mera disponibilidad- de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios".

En síntesis, la prestación del consentimiento por parte del inversor ha de ir precedida de la oportuna información del producto facilitada por el oferente, sea una empresa de servicios de inversión o directamente una entidad de crédito, y del cumplimiento de las restantes obligaciones legales y contractuales sustancialmente en lo que tiene que ver con los riesgos inherentes a la operación.

Vinculado con lo expuesto, en caso de incumplimiento de la citada obligación, también procede traer a colación la doctrina jurisprudencial (entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 10 y 13 de julio de 2015), que sostiene la obligación del Banco comercializador del producto de resarcir al inversor que sufre una pérdida patrimonial a causa de la insolvencia del emisor, por la vía del artículo 1101 CC y tras apreciar que la omisión por el Banco, ya sea de la previa función evaluadora como de la informativa previa era causa de imputación bastante de dicho perjuicio patrimonial. Exponen las citadas resoluciones "cabe atribuir al incumplimiento de los deberes inherentes a la exigencia del test de idoneidad, la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido, pues si no consta que los demandantes fueran inversores de alto riesgo, ni que no siéndolo se hubieran empeñado en la adquisición de este

Bono, el banco debía haberse abstenido de recomendar adquisición, por lo que, al hacerlo, propició que los demandantes asumieran el riesgo que conllevó la pérdida de la inversión".

CUARTO.- LEGITIMACIÓN PASIVA.

De acuerdo con la citada normativa, una de las cuestiones discutidas en este caso se refiere a la legitimación pasiva de la entidad demandada, al mantener que los Bonos habían sido adquiridos en el mercado secundario, cuando cotizaban y se habían revalorizado. Remitiéndose a la propia prueba documental aportada con la demanda, en la que consta que el valor de adquisición fue de 12.144'26 euros, lo que suponía un 101'20% de su valor (documento 5).

En relación con esta cuestión debe estarse a lo resuelto por el Tribunal Supremo en las numerosas resoluciones dictadas en relación con el producto objeto de controversia. Resoluciones en las cuales, además de reconocer con carácter general la legitimación pasiva de Caixabank, ante la transmisión por Bankpyme de su negocio bancario como unidad económica, sustituyendo a ésta en la posición contractual que ostentaba frente a cada uno de sus clientes del negocio bancario, reconocía tal legitimación en cuanto comercializadora a sus clientes un producto de inversión cuando éstos ejercitaban contra aquella una acción de nulidad y pedían la restitución de lo que invirtieron (Sentencias del Tribunal Supremo 769/2014, de 12 enero, 625/2016, de 24 de octubre, 718/2016, de 1 de diciembre, 477/2017, de 20 de julio).

Como fundamento de la citada legitimación sostiene 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, que en ocasiones está radicado en un país lejano, o lo ha adquirido en un mercado secundario de un anterior inversor que es desconocido para el cliente.

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.

En estas circunstancias, ha de reconocerse legitimación pasiva a la empresa de inversión que comercializa el producto de inversión, en este caso un banco, para soportar la acción de nulidad o la de indemnización de daños y perjuicios en relación con el contrato por el que el cliente obtuvo el producto y, en caso de condena, debe restituir al cliente la prestación consistente.

Doctrina que resulta plenamente aplicable al presente caso, teniendo en cuenta que ninguna prueba ha sido aportada por la demandada en orden a controvertir la forma en que se llevó a cabo la contratación descrita en la demanda, por la recomendación y colocación de los comerciales de la oficina de Bankpyme con la que venía operando habitualmente el actor (la 0007 Madrid Fleming). De manera que el actor no podía conocer si la empresa de inversión había adquirido directamente los bonos del emisor, o en el mercado secundario de un anterior inversor, como parece que ocurrió en el presente caso.

Añadir a su vez y en relación con la iniciativa para la contratación tampoco se ha probado por la demandada que el actor mostrara interés en contratar los bonos, debiendo considerarse que, dado que era un producto respecto al que Bankpyme asumió la comercialización en exclusiva, debió de ofertárselo y aquel confió en la entidad respecto a las ventajas del producto. Al tratarse de productos respecto a los que no existió publicidad alguna y que solo podían ser conocidos por expresa recomendación de los empleados de la entidad financiera, no es verosímil que el demandante los contratara sin una previa recomendación explícita de la entidad bancaria. No discutiéndose, finalmente, que fue Bankpyme la que se encargó, con posterioridad a la contratación, de la Administración y Depósito de los valores adquiridos.

Todo ello implica a su vez que Bankpyme, aunque no conste hubiera concertado con el demandante un encargo de

gestión de cartera, le prestó un auténtico servicio de asesoramiento en el sentido recogido en el artículo 4.4 de la Directiva 2004/39/CE, aclarado por el artículo 52 de la Directiva 2006/73/CE y acogido por la STJUE de 30 de mayo de 2013 y la STS de 20 de enero de 2014, entre otras: se da esa hipótesis cuando se efectúa una "recomendación personalizada a un inversor" que se presenta como conveniente para el mismo o se realiza en consideración de sus circunstancias personales. Dicho servicio de asesoramiento financiero constituye una "actividad complementaria" de la de mera recepción y ejecución de órdenes en interés del cliente, como precisaba el artículo 63 LMV en su redacción originaria.

Destacando a su vez que, sin perjuicio de no resultar de aplicación al caso la distinción introducida por la normativa MiFID acerca de las obligaciones de informarse a cargo de la empresa de servicios de inversión según actúe como mera comercializadora (test de conveniencia) o bien desarrolle funciones de asesoramiento en materia de inversión (test de idoneidad), aquella apreciación no es irrelevante, ya que el artículo 79.1 LMV aquí aplicable ya imponía a las empresas de servicios de inversión, en méritos de la regla de buena práctica encerrada en la expresión 'conoce a tu cliente', la necesidad de asegurarse de que disponían de toda la información necesaria sobre sus clientes, especificando el artículo 4.1 del anexo del Decreto 629/1993 que las entidades deben informarse sobre la situación financiera y experiencia inversora de los clientes e incluso de sus objetivos de inversión cuando ello sea relevante para los servicios que se vayan a proveer.

Cuestiones todas ellas que vienen a incidir de nuevo en la legitimación pasiva de la entidad bancaria ahora demandada.

QUINTO.- EXCEPCIONES DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN Y PRESCRIPCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS. RETRASO DESLEAL EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS.

Como se ha expuesto anteriormente, la entidad demandada opuso la caducidad de "una eventual acción de nulidad por vicio en el consentimiento", si bien, como resulta del escrito de demanda, del suplico rector y de las alegaciones de la parte demandante en la audiencia previa, la acción ejercitada no es una acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento, sino una acción indemnizatoria de perjuicios por incumplimiento de los deberes de información, lealtad y diligencia exigibles a la entidad bancaria, por lo que no cabe hablar de caducidad de la acción sobre error-vicio.

Por otra parte, tampoco sería posible apreciar la prescripción de la acción ejercitada, no compartiendo las alegaciones de la demandada, en cuanto sostiene que una eventual acción por incumplimiento de deberes normativos previos a la suscripción de los bonos tendría de aplicación el plazo de un año propio de la responsabilidad extracontractual (art. 1902 del Código Civil) y en su defecto, por la eventual infracción por incumplimiento de obligaciones de asesoramiento, también previas a la suscripción de los bonos, el plazo de tres años (art. 945 del Código de Comercio).

En este sentido ya se ha expuesto en el fundamento precedente que la participación de Bankpyme en el negocio controvertido no se limitó a una labor de simple intermediaria, tratándose propiamente de una relación de asesoramiento. Reiterando que el hecho de que no exista contrato escrito de asesoramiento no implica que ese asesoramiento no se haya ofrecido al cliente, incrementándose, así, la diligencia exigible a la entidad bancaria. En consecuencia, no es posible apreciar la invocada prescripción, estimando en todo caso sería aplicable el plazo general de 15 años (artículo 1964 del Código Civil), vigente en el momento de suscribir el contrato objeto de controversia.

Plazo que no había transcurrido en el momento de presentarse la demanda, en abril del año 2020.

Finalmente, tampoco es posible apreciar un retraso desleal en el ejercicio de sus derechos por parte del actor, en este sentido es cierto, como se establece en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2011, que "un derecho subjetivo o una pretensión no pueden ejercitarse cuando el titular no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer y ha dado lugar, con su actitud omisiva, a que el adversario (...) pueda esperar objetivamente que ya no se ejercitará (...)", pero no lo es menos que para declarar la existencia de un retraso desleal debe acometerse un cuidadoso examen de las concretas circunstancias del caso a los fines de no coartar el derecho constitucional a la tutela judicial, pues la norma general es que no ocasiona daño quien usa de su derecho.

Y es que no basta con el mero transcurso de un periodo de tiempo más o menos extenso, sino que es preciso que la dolosa o manifiestamente negligente conducta del titular haya creado la legítima confianza en el deudor de que ha renunciado al ejercicio del derecho en cuestión (artículos 7-1 CC, 1:106 y 1:201 de los Principios del Derecho Europeo de contratos), extremo cuya prueba incumbe a quien invoca la aplicación de esta doctrina (SSTS de 29 de diciembre de 2004, 21 de diciembre de 2005, 23 de julio de 2007, 8 de mayo de 2008, 3 de diciembre de 2010 y 20 de junio de 2011).

De acuerdo con lo expuesto, no es posible apreciar en

este caso el invocado retraso desleal en el ejercicio de los derechos. Debiendo valorarse a su vez la condición de consumidor del demandante, que se ha visto perjudicado por la quiebra de la emisora de los bonos y la pérdida de la suma invertida. Sin olvidar que la entidad demandada ha venido negando su legitimación pasiva en las reclamaciones formuladas en relación con los bonos AISA, discutiendo su condición de sucesora de Bankpyme, excepción que llegó a ser acogida por algunas Audiencias Provinciales, siendo recientes las resoluciones del Tribunal Supremo que han rechazado tal alegación.

Destacando, en relación con los posibles perjuicios que habría causado el retraso en el ejercicio de la acción, como la limitación de los medios de prueba, al mantener que desde la liquidación de Banpyme en el año 2015 era imposible obtener documentación e información sobre inversiones previas, que no se trata de una cuestión que pueda ser imputada al actor. Valorando a su vez que, como sucesora del negocio bancario de la citada mercantil, debió haber velado por tales extremos en previsión de futuras reclamaciones por incumplimiento, como la que ahora nos ocupa.

SEXTO.- CIRCUNSTANCIAS DEL CASO.

Como se viene desarrollando en la presente resolución en relación con el deber de información, corresponde a la entidad bancaria la carga de acreditar que proporcionó al cliente la exigida por la normativa, obligación que debe cumplirse especialmente en la fase precontractual con información verbal suficiente, además de la entrega de folletos o documentos informativos, así como, posteriormente, a través de la redacción de los contratos que deben ser comprensibles y a través de la información detallada y puntual sobre la evolución de la inversión.

Apreciando que en el presente caso ninguna prueba ha sido aportada sobre los citados extremos, ni siquiera la orden de compra del año 2006. Documento que, en todo caso, tampoco sería suficientes por sí solo para advertir al cliente de los riesgos derivados del producto, ni de sus características y funcionamiento. No habiendo sido interesada prueba alguna sobre la información verbal que pudo ofrecerse al demandante en el momento de la contratación.

Destacando a su vez, en lo que se refiere al perfil inversor del demandante, al mantener la demandada que, a pesar de invocar un perfil conservador, de la documental aportada con la demanda se deduce que era titular de otros productos de riesgo, como un Fondo de Inversión de riesgo elevado, otros Bonos Aisa que no reclama, Bonos Deutsche Bank y acciones de BBVA, que la citada circunstancia no

excluye la invocada falta de experiencia. Tratándose de prueba documental del año 2013, cinco años después de la contratación controvertida, destacando a su vez, como razona la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2016: "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, y 769/2014, de 12 de enero de 2015, 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. conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. [...] Como hemos afirmado en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril, 769/2014, de 12 de enero de 2015, 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...". Lo cual es de plena aplicación al caso de autos, cuando la adquisición de acciones no guarda relación de complejidad con el producto objeto de autos.

Además, como expone la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 14ª, de 11 de diciembre de 2017, se podría decir que es un hecho notorio que el concepto bonos u obligaciones de renta fija están ligados a la creencia popular de producto seguro (en contrapartida con la renta variable) y de ahí que se hicieran tan populares entre clientes minoristas, encontrándonos con la falsa idea de que la renta fija es un producto seguro cuando cualquier producto de inversión conlleva siempre riesgos en mayor o menor medida. Es más, ni tan siquiera tiene porque ser más segura que la renta variable pues más relevante que la adscripción de un producto a una u otra categoría, son sus concretas características y por ello pueden encontrarse en el mercado producto de renta fija de elevado riesgo y productos de renta variable que se

consideran de escaso o bajo riesgo.

En suma, ni consta que el actor fuera inversor experimentado o de alto riesgo, familiarizado con productos de naturaleza similar al que nos ocupa, ni que, no siéndolo, se hubiera empeñado o hubiera sido iniciativa o interés suyo la adquisición del citado producto financiero.

De acuerdo con lo expuesto y reiterando que Bankpyme, sucedida por la entidad demandada en estos autos, prestó al actor un auténtico servicio de asesoramiento, como "actividad complementaria" de la de mera recepción y ejecución de órdenes en interés del cliente, a pesar de ello no existió una efectiva información previa en términos claros y comprensibles, atendido el perfil del cliente, y en concreto sobre los riesgos más típicos o característicos del producto: que el cobro de los intereses prometidos y la restitución del capital no contaba con más garantía que la de la propia sociedad emisora, cuando ya el artículo 79.1 de la Ley del Mercado de Valores imponía a las empresas de servicios de inversión, en méritos de la regla de buena práctica encerrada en la expresión "conoce a tu cliente", la necesidad de asegurarse de que disponían de toda la información necesaria sobre sus clientes, especificando el artículo 4.1 del anexo del Decreto 629/1993 que las entidades debían informarse sobre la situación financiera y experiencia inversora de los clientes e incluso de sus objetivos de inversión cuando ello sea relevante para los servicios que se vayan a proveer.

Por lo tanto, los elementos probatorios aportados a este procedimiento no acreditan convenientemente que la entidad financiera - sobre quien pesaba la carga de acreditar aquellos extremos fácticos- hubiere dado cumplimiento a todas las obligaciones de información que legalmente le correspondían, ya que no ha justificado, ni que la oferta realizada al demandante hubiera comprendido otros productos disponibles con igual o similar finalidad, ni que hubiere recabado del actor la información dirigida a evaluar si era capaz de comprender los riesgos que implicaba el producto litigioso y a efectuar un informe sobre su situación financiera y sus objetivos de inversión; ni el ofrecimiento al demandante de las explicaciones necesarias y suficientes para que este -con la diligencia común y ordinaria del buen padre de familia- hubiera podido obtener un conocimiento adecuado y cabal sobre la verdadera, real y efectiva naturaleza del producto ofrecido, su concreto contenido obligacional, la dinámica de su funcionamiento y los riesgos inherentes al mismo. Al contrario, la información previa que consta en autos sobre las características y riesgos de los bonos, fue absolutamente insuficiente e impidió a la actor conocer su verdadera y real naturaleza, a pesar de tratarse los bonos Aisa un producto financiero

de viabilidad dudosa, con incertidumbre sobre la solvencia de la empresa emisora, pudiendo concluirse que la cliente fue inducido, a consecuencia de una insuficiente y defectuosa información precontractual, a una falsa percepción sobre las características propias del activo que contrataba, lo que constituye un incumplimiento de las obligaciones legales exigibles a la entidad bancaria.

Esta insuficiencia de la información previa ofrecida por la entidad bancaria que le propuso la contratación del producto constituye un claro incumplimiento de los deberes inherentes a la obligación de asesoramiento y de cuidado de los intereses del cliente que le incumbían, y el incumplimiento de esos deberes es título jurídico suficiente para la imputación de responsabilidad por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la pérdida de la inversión, lo que obliga a la entidad demandada, conforme a lo previsto en el art. 1101 del Código Civil, a resarcir al actor de los daños y perjuicios derivados del negocio jurídico cuestionado, daños y perjuicios que se han de concretar en el capital invertido -12.144'26 euros de acuerdo con lo reconocido por la propia demandada-, minorado con la cantidad neta percibida por el demandante en concepto de intereses o retribuciones del producto -1.271'57 euros - (documento nº 2 de la contestación), esto es, 10.872'69 euros.

La citada cantidad devengará los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda y hasta el pago, con el incremento previsto legalmente a partir de la fecha de esta resolución, no estimando aplicable el devengo de intereses desde la fecha de la contratación por el tipo de acción ejercitada que no da lugar a la nulidad ex nunc de la inversión.

SÉPTIMO.- COSTAS.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y estimando que la demanda ha sido estimada sustancialmente, teniendo en cuenta que ha sido declarada la responsabilidad de la parte demandada y procedido a la reducción de la cantidad indemnizable de escasa entidad cuantitativa, procede imponer a la parte demandada las costas procesales causadas.

Vistas las disposiciones legales citadas y demás en general y pertinente aplicación.

FALLO

Que estimando sustancialmente la demanda interpuesta por D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, contra Caixabank S.A., debo condenar a la citada demandada a indemnizar al demandante con la cantidad de diez mil ochocientos setenta y dos euros, con sesenta y nueve céntimos (10.872'63 €), con los intereses al tipo legal del dinero desde la fecha de interposición de la demanda y hasta su completo pago, con el incremento previsto legalmente a partir de la fecha de esta resolución (artículo 576 de la LEC).

Se hace expresa imposición a la parte demandada de las costas causadas a los demandantes.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación ante este Juzgado para ante la Ilma Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a partir del siguiente a la notificación, debiendo la parte recurrente acreditar haber constituido el correspondiente depósito legal para poder apelar.

Así por esta mi Sentencia, la pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Sra. Magistrada-Juez que la suscribe, estando celebrada audiencia pública, -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 MARTA DÍEZ PEREZ-CABALLERO