



Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Lleida

Edificio Canyeret, 3-5, planta 2 - Lleida - C.P.: 25007

TEL.: 973700161
FAX: 973700198
EMAIL: instancia2.lleida@xij.gencat.cat

N.I.G.:

Procedimiento ordinario 758/2021 -B

-

Materia: Juicio ordinario sobre productos y activos financieros

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:
Para ingresos en caja. Concepto: 2192000004075821
Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.
Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Lleida
Concepto: 2192000004075821

Parte demandante/ejecutante:
Procurador/a:
Abogado/a: Óscar Serrano Castells

Parte demandada/ejecutada: CAIXABANK SA
Procurador/a: Abogado/a:

SENTENCIA Nº 143/2022

Magistrad

Lleida, 12 de mayo de 2022

Don Magistrado del Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de Lleida, ha visto las presentes actuaciones de Juicio Ordinario Nº 758/21 que se siguen en este Juzgado, en el que han actuado como parte demandante Don y Doña quienes actúan representadas por su hijo Don representadas por la Procuradora de los tribunales Señora y asistidas por el Letrado Señor Serrano, contra CAIXABANK, S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales Señora y asistida por el Letrado Señor .

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- El día veintinueve de julio de 2021 la parte actora interpuso demanda de juicio declarativo ordinario en reclamación de la cantidad frente a la parte

Data i hora 13/05/2022 13:03





demandada. Reclama los intereses legales generados y la condena en costas de la parte demandada.

Admitida a trámite por decreto, la parte demandada fue emplazada a contestarla, lo que se produjo dentro de plazo. En la misma, se solicitó la desestimación íntegra de la demanda.

SEGUNDO.- Acordada la Audiencia Previa por diligencia, la misma se celebró el dieciséis de febrero de 2022 con comparecencia de ambas partes.

En ella se propuso y admitió la prueba que consta en autos y se fijó la fecha del juicio que se celebró el día nueve de mayo de 2022.

Tal día se celebró el mismo, también con comparecencia de ambas partes; en él, se ratificaron en sus peticiones de la demanda y contestación a la misma, se practicó la prueba admitida, finalizando el juicio con las conclusiones orales de ambas partes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del litigio.

La parte demandante ejercita, con carácter principal, una acción de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del deber de información, al amparo del artículo 1.101 CC y Ley 24/ 1988 del Mercado de Valores, sobre las características y riesgos del producto.

De forma subsidiaria ejercita una acción de resolución por incumplimiento contractual en el pacto de recompra, al amparo del artículo 1.124 CC.

En ambos casos interesa se condene a la demandada a indemnizarles con la devolución del principal invertido, más los gastos de custodia vinculados a estos valores, más intereses legales desde la reclamación judicial, debiéndose compensar con los importes percibidos en concepto de rendimientos o cupones.

Funda sus acciones en la indebida comercialización del producto en cuestión, de indudable riesgo para los clientes que lo adquirieron y sin que se informara debidamente de la naturaleza del mismo y de los riesgos inherentes.





Reclama que se le indemnice en la suma invertida, 24.000 Euros, más los gastos de custodia vinculados a dichos valores y los intereses legales que correspondan desde la reclamación judicial. Dichas cantidades deben compensarse con los importes percibidos por las actoras en concepto de rendimientos o cupones más sus intereses.

La parte demandada niega que el producto sea de riesgo y sostiene que se produjo una diligente comercialización del producto.

Además, sostiene que la acción está prescrita, invocando el artículo 945 del Código de Comercio, el plazo de prescripción de tres años del Código Civil de Cataluña y el de diez años del mismo cuerpo normativo. Sea cual fuere el plazo aplicable, afirma que la acción está prescrita.

Además, defiende la inexistencia de relación de causalidad entre la pérdida sufrida y la actuación de Bankpyme.

Asimismo, considera que el perfil de los clientes es adecuado para la venta de ese producto.

En cuanto a la acción subsidiaria, niega el incumplimiento del pacto de recompra de los bonos e improcedencia de la indemnización.

En relación con la cuantía que se reclama, entiende que existe pluspetición, ofreciendo una alternativa indemnizatoria.

Antes de analizar el fondo del asunto deben fijarse los hechos no controvertidos de este caso y acreditados documentalmente.

En consecuencia, quedaron fijados como hechos controvertidos los siguientes:

- 1) La naturaleza del producto financiero adquirido.
- 2) La concurrencia de los requisitos de la acción principal ejercitada, que tendría como causa la mala praxis en la comercialización del producto por la entidad BANKPYME.
- 3) La prescripción de la acción.





- 4) El perfil de los demandantes.
- 5) Si concurren los requisitos de la acción subsidiaria ejercitada, es decir, si se incumplió el pacto de recompra del producto.
- 6) La cuantía de la indemnización.

SEGUNDO.- Naturaleza del producto contratado y normativa aplicable.

Naturaleza del producto:

La parte demandante adquirió unos bonos Fergo Aisa, que eran títulos emitidos por la entidad Agrupación Actividades e Inversiones Inmobiliarias S.A. (Aisa), entidad que realizó una primera emisión en el año 2001, actuando Bankpime como intermediaria en el proceso de venta, y una segunda emisión, que es la que adquirió la parte demandante.

Según la nota de valores registrada por la CNMV se trató de una emisión de bonos simples emitidos por la empresa Fergo Aisa por un importe total de 25 millones de euros, a partir del 14 de agosto de 2006 y con vencimiento el 14 de agosto de 2011. La remuneración consistía en un tipo fijo del 5% pagado anualmente. Se indica expresamente que los bonos se colocarán a través de Bankpime y que cotizarán en el mercado de renta fija AIAF, y se advierte que no se ha hecho ninguna evaluación del riesgo de los valores por ninguna entidad calificadora. Se prevé amortización a la par, libre de gastos para el suscriptor, y los riesgos se asocian a la pérdida de solvencia del emisor, pero no por las fluctuaciones de valor. Existen una serie de riesgos asociados a los valores como son la subordinación y prelación de los inversores ante situaciones concursales, riesgo por fluctuación de tipos de interés, y riesgos del emisor por riesgo de crédito si se incumplen los pagos por parte de la entidad emisora.

Normativa aplicable:

En cuanto a la normativa aplicable, tal y como los definió la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 16, de 14 de mayo de 2015:

“Los bonos constituyen un instrumento financiero, de manera que para su comercialización debe observarse la normativa protectora informativa prevista en la citada Ley del Mercado de Valores (LMV) y en sus normas de

Data i hora 13/05/2022 13:03





desarrollo, no la normativa bancaria. Debe significarse 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.”

En atención a la clase de producto y a la fecha del contrato, año 2006, resulta de aplicación la Ley 24/1988, de veintiocho de julio, del Mercado de Valores.

El artículo 2 de la referida norma comprende en la redacción vigente en el momento de perfeccionarse la adquisición de participaciones preferentes al disponer que “quedan comprendidos en el ámbito de la presente Ley los valores negociables emitidos por personas o entidades, públicas o privadas, y agrupados en emisiones” y añadir el artículo 3 que “las disposiciones de la presente Ley serán de aplicación a todos los valores cuya emisión, negociación o comercialización tenga lugar en el territorio nacional”.

No resulta de aplicación, la reforma de la LMV operada por la Ley 47/2007, de diecinueve de diciembre, que transpuso al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de veintiuno de abril de 2004 (Directiva MIDIF), relativa a los mercados de instrumentos financieros (desarrollado posteriormente por la Directiva 2006/73/CE de la Comisión y el Reglamento 1287/2006/CE de la Comisión.

En todo caso, la Ley del Mercado de Valores en su redacción originaria, artículos 78 y siguientes, ya obligaba a todas cuantas personas realicen actividades en el ámbito del mercado de valores a cumplir con una serie de normas de conducta tales como, entre otras, las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados. Así, el artículo 79 dispone:





“Las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos: A) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado. B) Organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos. C) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios. D) Disponer de los medios adecuados para realizar su actividad y tener establecidos los controles internos oportunos para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone. E) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.”

El Real Decreto 629/1993, de tres de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios (derogado por el Real Decreto 217/2008, de quince de febrero), aplicable a la compra de deuda subordinada posterior al año 1993, vino a disciplinar, especialmente en sus artículos 4 y 5, un código general de conducta de los mercados de valores en el que en el apartado relativo a la información de los clientes resalta como reglas de comportamiento a observar por las entidades, que éstas ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos o servicios más apropiados a sus objetivos, así como que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

A esta normativa específica de los productos de inversión debe añadirse todo el cuerpo de normas relativas a la transparencia o información bancaria en general,





ya que el fondo de este litigio gira en torno a la información suministrada por la entidad demandada. Así, cabe destacar el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación, pueda dictar normas que garanticen la claridad y transparencia de las operaciones financieras.

Finalmente, pese a que la reforma de la LMV del año 2007 no resulta aplicable, no puede olvidarse el alcance interpretativo de toda Directiva Comunitaria incluso en el ámbito de la eficacia horizontal. Si bien es cierto que una Directiva no transpuesta no resulta de aplicación directa entre particulares (eficacia horizontal), también lo es que sí que debe emplearse como instrumento interpretativo de la normativa vigente en el ordenamiento jurídico nacional. Así, la Directiva MIFID debió ser transpuesta a los 24 meses de su entrada en vigor, según prevé el artículo 70 de la misma. Dicha entrada en vigor se produjo el día de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, según preveía el artículo 72 de la misma norma. Por tanto, el plazo máximo para su transposición fue el treinta de abril de 2004. Desde ese momento, la misma tenía el siguiente alcance interpretativo del ordenamiento jurídico nacional, según recalca la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de veintisiete de junio de 2013, apartado 25:

"Conforme a reiterada jurisprudencia, al aplicar el derecho interno, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a interpretarlo en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate para alcanzar el resultado que ésta persigue y atenerse así a lo dispuesto en el artículo 288 TFUE, párrafo tercero. Esta obligación de interpretación conforme del Derecho nacional es inherente al régimen del Tratado FUE, en la medida que permite a los órganos jurisdiccionales nacionales garantizar, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del Derecho de la Unión cuando resuelven los litigios de que conocen (sentencia de 24 de enero de 2012)."

Pues bien, lo antedicho resulta de aplicación al presente pleito puesto que la adquisición del producto financiero se produjo en el año 2006.





Por tanto, con base en lo anterior debe concluirse que, independientemente de la fecha de todos los contratos de este pleito, la obligación de los bancos de información, de actuación transparente y en interés de los clientes ha estado vigente y comprende: necesario análisis del perfil del cliente, cumplimiento de la normativa bancaria de transparencia e información y adecuación del producto a las necesidades del cliente.

TERCERO.- Legitimación pasiva de la entidad demandada.

Debe señalarse que no se cuestiona la legitimación pasiva, controlable de oficio, de la parte demandada, teniendo en cuenta la jurisprudencia recaída en la materia.

Así, a título de ejemplo, puede destacarse la STS, Pleno, Nº 652/2017 de 29 de noviembre de 2017.

Con posterioridad, el Tribunal Supremo se ha pronunciado confirmando la legitimación pasiva de Caixabank en la comercialización de productos financieros complejos por Bankpime, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil, Sección 1ª) Nº 667/2018 de 23 de noviembre de 2018 (RJ\2018\5110); la Nº 257/2018 de 26 de abril de 2018 (RJ\2018\1792); la Nº 71/2018 de 13 de febrero de 2018 (RJ\2018\465); la Nº 54/2018, de 1 de febrero (RJ\2018\297); y la Nº 55/2018, de 1 de febrero (RJ\2018\214).

No obstante, procede reconocer plenamente dicha legitimación pasiva e incidir en el análisis.

El artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a propósito de la legitimación, que dispone que "serán consideradas partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso".

La acción que se está enjuiciando respecto de esta parte codemandada es muy concreta: la de daños y perjuicios derivados de incumplimiento contractual.

El contrato en los que se produce el incumplimiento es el de adquisición de bonos, suscrito en el año 2006.

El contrato fue suscrito entre las hoy partes, aunque en virtud del mismos se adquirirían participaciones preferentes de una tercera empresa, FERGO AISA.





En general se pueden distinguir tres supuestos diferentes de adquisición de productos financieros de esta naturaleza:

- 1) La primera categoría se refiere a los supuestos en los que el cliente adquiere el producto directamente a la entidad de crédito que la emite. A esta modalidad la denominamos "adquisición directa".
- 2) La segunda modalidad comprende los supuestos en los que la entidad de crédito actúa como intermediaria. El término que suele emplearse es el de emisión por "colocador" o "adquisición indirecta".
- 3) Finalmente, no podemos pasar por alto los supuestos en los que se adquieren participaciones preferentes emitidas por una entidad diferente a la que actúa como "colocadora" pero pertenecientes ambas al mismo grupo de empresas. El artículo 4 de la Ley 24/1988, de veintiocho de julio, del Mercado de Valores establece que "a los efectos de esta Ley, se estará a la definición de grupo de sociedades establecida en el artículo 42 del Código de Comercio". Éste dispone en el inciso inicial de su párrafo segundo que "existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras". Si se acredita la existencia de dicho grupo de empresas, la adquisición de esas participaciones preferentes debe equipararse al primer supuesto analizado, es decir, a la adquisición directamente a la entidad emisora.

En el presente supuesto, nos encontramos ante la segunda o tercera modalidad. Existen elementos de enjuiciamiento suficientes para situarnos ante la tercera de las modalidades.

Así, ambas entidades (BANKPYME y FERGO AISA) nacen de Agrupación Mútua, lo que se traduce en que coincidían miembros de los órganos de administración de Bankpyme y Fergo Aisa, como el Presidente y Consejero delegado de Bankpyme que era también Vicepresidente primero de Aisa, y un vocal del Consejo de administración de Bankpyme que era su vez Presidente del Consejo de Administración de Fergo Aisa. Es innegable que existía, como mínimo a nivel corporativo interés en comercializar bonos de Fergo Aisa, sin que se acredite que en este caso existía una instrucción concreta a quien comercializó estos valores a los demandantes.

Data i hora 13/05/2022 13:03





Para definir la relación jurídica que existió entre Bankpime y los actores debemos aplicar la jurisprudencia emanada en del Tribunal Supremo. La STS de 18 de Abril del 2013 (ROJ: STS 2589/2013) ya explicaba dentro de un contrato de gestión de carteras que:

“Fue el banco quien aconsejó la adquisición de determinados valores. Aunque tal conducta no es la típica del contrato de gestión discrecional de carteras, pues se trata de un asesoramiento y no de una actuación por cuenta del mandante, no puede considerarse que se haya producido extramuros del contrato. Es un aspecto complementario de la conducta propia de la empresa de gestión de cartera derivada del contrato al que son aplicables las exigencias derivadas de su normativa reguladora”. La entidad demandada llevó a cabo esta labor de asesoramiento mediante el ofrecimiento de los valores por lo que esta actuación se encuadra dentro de un contrato de asesoramiento financiero en las relaciones entidad financiera - cliente. Y a esta relación de asesoramiento financiero en la adquisición de valores le resulta de aplicación la normativa reguladora de las obligaciones de información antes mencionada. Finalmente al amparo del artículo 5.1.g) del RD 217 / 2008 se equipara la existencia de asesoramiento si ha existido recomendación por parte de la entidad financiera”.

La Sentencia de la AP Barcelona, Secc. 16 de 14 de mayo de 2015, dispone lo siguiente:

“No es necesario que se dé 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 (STJUE de 30 de mayo de 2013 y STS 20 de enero de 2014): 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, según estableciera el artículo 63 LMV en su redacción originaria. Por más que no resulte de aplicación al caso la abierta 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”.

En cuanto a la inexistencia de asesoramiento alegada en la contestación, destaca la Sentencia del Tribunal Supremo nº 609/ 2020, de 13 de noviembre:

“Las cuestiones planteadas en este motivo del recurso han sido ya resueltas en la sentencia 652/2017, de 29 de noviembre, dictada por el pleno de este tribunal e invocada por los recurrentes en su recurso, 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, 64/2020, de 3 de febrero, y 409/2020, de 7 de julio.”

2.- 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 hemos declarado 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.”





A todo ello debe añadirse la testifical del Señor Fabrice, quien reconoció en el acto del juicio la iniciativa de la entidad en la comercialización del producto, así como la labor de asesoramiento que realizaban.

Pero, además, aun cuando estuviéramos en la segunda de las modalidades, no puede pasarse por alto a propósito del deber de información en este tipo de adquisiciones y con carácter general, lo que afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2018 (ROJ: STS 2488:2018):

“3. En cualquier caso, constituye jurisprudencia constante de esta sala que tanto bajo la normativa MiFID, como bajo la pre MiFID, en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadores de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación.”

En consecuencia, de lo que se trata es de analizar si se produjo una información clara, comprensible y adecuada al cliente respecto del producto que adquiriría. Es irrelevante que el producto adquirido perteneciera a una tercera entidad bancaria o mercantil.

CUARTO.- Sobre la prescripción de la acción.

En cuanto al plazo aplicable.

La parte demandada se opone a la reclamación alegando que la acción ejercitada estaría prescrita, ya sea por aplicación del artículo 945 CCO, por el artículo 121-21 CCAT en plazo trienal, o 121-20 CCAT en el plazo de diez años.

La demanda se interpuso el 29 de julio de 2021.

La parte actora se opone insistiendo en la naturaleza de la acción ejercitada, al amparo de indemnización de daños y perjuicios derivada de incumplimiento en las obligaciones de información de la demandada. Sostiene que aplica el plazo general de 10 años e insiste en el momento de fijar el dies a quo.

Data i hora 13/05/2022 13:03





En primer lugar, procede descartar la aplicación del artículo 945 CCO, por no tratarse de una relación entre empresarios, sino entre consumidor y entidad bancaria.

También debe rechazarse la aplicación del plazo trienal del artículo 121-21 CCAT, al tratarse de una responsabilidad contractual, no extracontractual.

Así, resulta de aplicación el plazo de prescripción de diez años, previsto en el artículo 121-20 CAT.

En este mismo sentido se pronuncia la SAP de Barcelona, Secc. 4ª, nº 251/ 2021, de 19 de abril.

A continuación, procede determinar el dies a quo.

El producto adquirido tenía vencimiento 14-8-2011, y si bien la entidad se había retrasado en el pago de cupones, en el año 2010 también los pagó, aunque parcialmente. Se celebraron varias asambleas de bonistas, en 2008, 2010 y 2011 alcanzándose acuerdos y en 2010 se pagó una parte de los intereses de 2008.

Los hechos relevantes comunicados por Fergo Aisa en 2010 sobre el retraso en el pago de los cupones, indicaban la voluntad de la entidad de abonar los cupones atrasados.

No obstante, no es el retraso en el impago de los bonos lo que hace nacer la acción, sino la consumación de producto con la consiguiente no devolución del capital invertido, lo que se produce en agosto de 2011. El impago de un bono puede constituir un incumplimiento parcial no relevante o grave de las múltiples obligaciones de la otorgante de los bonos. Sin embargo, lo que verdaderamente constituye un incumplimiento grave y esencial es la no devolución del capital invertido, generando al inversor un gravísimo perjuicio.

Tomando como referencia agosto de 2011, la presente acción no estaría prescrita ya que la demanda se interpuso el 29 de julio de 2021.

Además, la parte actora señala como días a quo noviembre de 2017, en virtud de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 652/ 2017 que indicó con claridad frente a quién cabía interponer la acción. En aplicación del artículo 121-23 CCAT la acción nacería desde que se conoce frente a quién puede ejercitarse, y de forma no controvertida se fijó en noviembre de 2017.





QUINTO.- Perfil de los actores.

El perfil de los actores, como tenedores de bonos de la primera emisión, o de otras acciones e incluso de participaciones preferentes, no puede suplir el déficit de información sobre esta segunda emisión, que incumbía a Bankpime y que no se ha acreditado por la entidad bancaria, siendo su carga probatoria, como se analizará en el siguiente fundamento de derecho.

Es decir, la idoneidad del producto y del proceso de información diligente es exigible para cada colocación de productos. No puede presumirse por la tenencia de otros productos de riesgo adquiridos con anterioridad.

No obstante, conviene desarrollar los argumentos en que me baso en este tipo de litigios para concluir que no consta acreditado que la parte actora sea un cliente profesional o idóneo para este producto.

En primer lugar, la mera titularidad de otros fondos y productos no es relevante a efectos de ser calificado como cliente profesional. Es más, en este tipo de pleitos es habitual que la cartera de los clientes sea de esta naturaleza y, pese a ello, es común que el proceso de negociación, en general, haya sido defectuoso.

En segundo lugar, en términos estrictamente jurídicos no concurren los requisitos para calificarles como clientes profesionales. Para ello es necesaria la expresa voluntad del cliente o un volumen de negocios que no consta acreditado en el presente litigio.

A propósito de esta cuestión, la STS de 16 de septiembre de 2015 dispone que "el hecho de tener un patrimonio considerable o que la demandante hubiera hecho algunas inversiones no la convierte tampoco en cliente experta, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera a la demandante una información adecuada para contratar el producto conociendo y asumiendo los riesgos de una inversión compleja y sin garantías".

En tercer lugar, el proceso de información de dichos productos financieros es nefasto, como se verá.

En consecuencia, el deber del banco para con el cliente queda sometido con todo su rigor a la normativa antes mencionada y, lo que es más importante, no se





presume que el cliente conozca el producto que se le vende, sino todo lo contrario, recayendo la carga de la prueba de la debida información sobre el producto en la parte demandada.

Por tanto, resulta de aplicación la teoría de la inversión de la carga de la prueba, como reconoce hoy en día pacíficamente la doctrina jurisprudencial y se encargó de establecer la Sentencia del Tribunal Supremo de catorce de noviembre de 2005. Esta doctrina se ha reiterado en sentencias posteriores del mismo Tribunal, entre las que se pueden destacar la 354/2014 de 20 de enero de 2014 y la 266/2014 de 8 de julio de 2014.

Y es más, la antedicha Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2017 va más allá en cuanto a los efectos de esa falta de información:

“Es jurisprudencia constante de esta sala que; «lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Sin perjuicio de que en estos casos entendido que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. No es que este incumplimiento determine por sí la existencia del error vicio, sino que permite presumirlo» (sentencia 560/2015, de 28 de octubre, con cita de la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014).”

Si bien se refiere a un supuesto de anulabilidad, en lo que a las normas de carga de la prueba se refiere, resulta plenamente aplicable para la acción de daños y perjuicios que se analiza.

Finalmente, destacar también la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2018 (ROJ: STS 2488:2018) que dispone lo siguiente:





“3. En cualquier caso, constituye jurisprudencia constante de esta sala que tanto bajo la normativa MiFID, como bajo la pre MiFID, en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadores de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación.”

SEXTO.- Incumplimiento del deber de información.

En apoyo de sus pretensiones, ambas partes presentan prueba documental, se ha recibido más documental sobre los rendimientos de los actores, así como la declaración del testigo Sr. Fabrice, quién comercializó el producto.

Existió una primera emisión de bonos Fergo Aisa en el año 2001, y que según la nota informativa de la CNMV la finalidad de realizar una segunda emisión (en el año 2006) era: “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 euros”. Parece que la primera emisión no habría permitido obtener todos los beneficios necesarios para remunerar a los bonistas y por ello fue necesario emitir una segunda emisión que en parte se destinaría a remunerar a los primeros. Esta segunda emisión era de un importe total de 25 millones de euros, a partir del 14 de agosto de 2006 y con vencimiento el 14 de agosto de 2011. La remuneración consistía en un tipo fijo del 5% pagado anualmente. Se indica expresamente que los bonos se colocarán a través de Bankpime y que cotizarán en el mercado de renta fija AIAF, y se advierte que no se ha hecho ninguna evaluación del riesgo de los valores por ninguna entidad calificadoradora. No hay folleto informativo en este caso, y los riesgos se asocian a la pérdida de solvencia del emisor, pero no por las fluctuaciones de valor. Existen una serie de riesgos asociados a los valores como son la subordinación y prelación de los inversores ante situaciones concursales, riesgo por fluctuación de tipos de interés, y riesgos del emisor por riesgo de crédito si se incumplen los pagos por parte de lo entidad emisora. Como ya se ha dicho estas características ha llevado al Tribunal Supremo a catalogar estos bonos de producto financiero complejo y de riesgo, en STS 257/ 2018, de 26 de abril.





En este caso los demandantes habían adquiridos Bonos Fergo Aisa en 2001, y cuando venció el producto en 2006, volvieron a adquirirlos.

El Sr. explicó que la renovación no se producía de forma automática, sino que se contactaba con los clientes y en su caso, se volvían a adquirir bonos. Así sucedió en este caso.

No consta que se informase a las actoras verbalmente al comercializar los valores que la finalidad de la segunda emisión era refinanciar la primera.

En cuanto al concreto proceso de información de la adquisición del producto en 2006 no consta folleto informativo, la orden de adquisición tipo aportada no permite conocer: el producto contratado, la entidad emisora, la denominación de la emisión y su importe, el nominal de cada valor, el importe mínimo de suscripción, el pago de cupones, la cotización y amortización, el periodo de suscripción, sistema de adjudicación, contratación de operaciones, tramitación de suscripciones, fecha de desembolso y amortización.

La parte demandante requirió a la parte demandada para que aportara la orden de compra concreta, sin que se haya atendido a dicho requerimiento.

El testigo Señor reconoció que, en general, no se informaba del riesgo de pérdida de todo el capital, indicándose que había garantía de recuperar el capital al vencimiento. Además, se vendía como un producto de renta fija, un cupón fijo, lo que es incompatible con un producto de riesgo

Finalmente, en cuanto al perfil de los clientes, la STS de 23 de noviembre de 2018 señala que:

"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".

Data i hora 13/05/2022 13:03





SÉPTIMO.- Resultado dañoso y relación de causalidad.

En cuanto a la existencia de nexo causal, sostiene la parte demandada que no cabe trasladarle los supuestos incumplimientos de Bankpyme porque sólo ostenta la custodia de valores, pero la jurisprudencia ya es pacífica en atribuirle por sucesión de Bankpime dicho incumplimiento a Caixabank S.A., como se ha citado en el fundamento de derecho tercero la Sentencia del Tribunal Supremo nº 609/2020, de 13 de noviembre.

El daño está acreditado puesto que no se devolvió la inversión a los actores, y es el perjuicio que debe indemnizarse.

Por todo lo anterior, procede tener por acreditado que Bankpime incumplió la obligación de información sobre el producto contratado, conforme a la normativa vigente, y da lugar a la acción de indemnización de daños y perjuicios.

En atención a lo expuesto se declara el incumplimiento por parte de Bankpyme S.A., actualmente Caixabank S.A., en las obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta de los bonos Fergo Aisa, y se la condena al pago de daños y perjuicios en la cantidad de 24.000 euros, a favor de los demandantes, más los gastos de custodia vinculados a estos valores más los intereses legales que correspondan de tales conceptos desde la fecha de la presente reclamación judicial, debiéndose compensarse con los importes percibidos en concepto de rendimientos o cupones más sus intereses legales desde el mismo momento.

OCTAVO.- Costas procesales.

Todo ello con expresa condena en costas de la parte demandada, al amparo de lo previsto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLO

ESTIMO la demanda presentada por la representación procesal de Don y Doña , quienes actúan representadas





por su hijo Don _____, contra CAIXABANK, S.A. y, en consecuencia:

- 1) DECLARO el incumplimiento por parte de Bankpyme S.A., actualmente Caixabank S.A., en las obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta de los bonos Fergo Aisa.
- 2) CONDENO a la parte demandada a pagar a la parte actora la cantidad de VEINTICUATRO MIL EUROS (24.000 euros), más los gastos de custodia vinculados a estos valores, más los intereses legales que correspondan de tales conceptos desde la fecha de la reclamación judicial. Procede compensar dicha cantidad con los importes percibidos por las partes actoras en concepto de rendimientos o cupones, más sus intereses legales desde la reclamación judicial.

Todo ello con expresa condena en costas de la parte demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial en el plazo de veinte días desde su notificación. El recurso de apelación deberá interponerse previa consignación del depósito de 50 euros en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado, en aplicación de la D.A. 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a las actuaciones y juzgando en primera instancia, la pronuncio, mando y firmo.



