

Vistos los presentes autos de Juicio Verbal núm. 2411/2009, por el Magistrado Juez Titular de este Juzgado de Primera Instancia núm. 34 de Madrid, D. Eduardo José Fontán Silva, seguidos entre Asgeco, representado por el/la procurador/a Marta Sanagujas Guisado, frente a Open Bank Santander Consumer S.A., representado por el/la procurador/a, Manuel Lanchares Perlado ha recaído la presente resolución en base a los siguientes:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por la Procuradora Doña María Sanagujas Guisado, en nombre y representación de la Asociación General de Consumidores (ASGECO), que a su vez actúa en nombre de su asociado, D. Antonio, se formuló demanda de juicio verbal frente a la entidad Openbank, Santander Consumer, S.A., en la que, tras citar los hechos y fundamentos jurídicos que estimó de aplicación, terminó con la súplica de que, previos los trámites legales, se dictase sentencia por la que se condenase a la demandada a pagar la cantidad de 1.316 euros, junto con los intereses y las costas del proceso.

SEGUNDO.- Llegados el día y hora señalados, tuvo lugar la celebración del correspondiente juicio, con la asistencia de la parte actora, que se ratificó en su escrito de demanda, en tanto que la demandada se opuso a la misma, solicitando su íntegra desestimación. Por ambas partes se interesó el recibimiento del pleito a prueba para la práctica de los medios de prueba que propusieron, los cuales, una vez admitidos, fueron practicados con el resultado que obra en autos, quedando los mismos conclusos para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este pleito se han observado las prescripciones legales, con la excepción del plazo para el señalamiento de la vista, de imposible cumplimiento, habida cuenta del ingente número de asuntos que se tramitan en el Juzgado.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- La asociación de consumidores demandante se dirige contra a la entidad demandada en reclamación del importe en que se cifran los daños y perjuicios irrogados a su asociado, D. Antonio, cliente a la sazón de la demandada, con quien mantenía diversos fondos de inversión, como consecuencia de la falta de ejecución oportuna de las ordenes de transferencia desde un fondo a otros. Afirma a estos efectos que con fecha 20 de junio de 2008 su asociado manifestó a la entidad demandada su voluntad de transferir dinero desde el fondo Openbank ibex 35 al fondo Depósito Plus, y desde el

primero al fondo Openbank Dinero, habiéndose ejecutado la segunda de las operaciones, pero no la primera. Al advertir la falta de ejecución de la orden, con fecha 27 de junio de 2008 contactó telefónicamente con la entidad demandada, poniendo de manifiesto a la operadora que atendió la llamada tal circunstancia, a lo cual ésta le manifestó que la orden de traspaso estaba correctamente tramitada y sería resuelta en unos días, indicándole que, caso de existir alguna incidencia, sería avisado. Sin embargo, no fue hasta el día 18 de septiembre de 2008 cuando D. Antonio fue informado de la imposibilidad de ejecutar la orden de transferencia al no existir coincidencia entre los titulares del fondo de origen, D. Antonio y su esposa, D<sup>a</sup> Raquel, y el de destino, que era solamente D. Antonio. Con esa misma fecha, y ante tal eventualidad, se procedió al reembolso del fondo de origen.

Reclama la actora la pérdida patrimonial sufrida por su asociado, que se calcula en la diferencia entre el valor medio de las posiciones de 31 de mayo y 30 de junio de 2008 y el que tenían el 18 de septiembre, cuando se comunica la imposibilidad de ejecución de la orden de transferencia, y se procede al reembolso del fondo. La cifra resultante se eleva a 1.016,58 euros, cantidad a la que se añaden otros 300 euros en que se calculan los daños y perjuicios derivados de la conducta incumplidora de la demandada, siendo la suma total reclamada la de 1.316 euros, junto con los correspondientes intereses legales.

En el acto de la vista la demandante redujo la cantidad reclamada a 798,07 euros, por considerar que era ésta la resultante de la diferencia de los valores liquidativos correspondientes al momento en que dio la orden y a la fecha en que se produjo el reembolso del fondo, suma a la que añade la parte proporcional correspondiente a la indemnización de los daños y perjuicios asimismo reclamados, que cifra en 240 euros.

La entidad demandada se opone a las pretensiones de la actora alegando, en síntesis, que la orden inicial dada por D. Antonio era de imposible cumplimiento, al no existir coincidencia entre los titulares del fondo de origen y el de destino, circunstancia ésta motivada, al parecer, por la adjudicación a D. Antonio de la titularidad en exclusiva de tales fondos como consecuencia de su separación matrimonial y de la subsiguiente disolución y liquidación del régimen económico del matrimonio. Sostiene que su actuación se movió en los límites de la diligencia normal, por lo que no cabe imputarle las consecuencias lesivas de la falta de ejecución de la operación en tiempo oportuno. Y concluye negando, en todo caso, la procedencia de la indemnización por los daños y perjuicios reclamados, pues no habría otro daño a considerar que la diferencia de valor en que se cifra el perjuicio

patrimonial experimentado, según la actora, la cual no ha acreditado la existencia de ningún otro distinto, ya de índole material, ya moral.

SEGUNDO.- La pretensión indemnizatoria deducida en la demanda se enmarca en una acción de incumplimiento contractual, que tiene su base en las obligaciones impuestas a las entidades y agentes del mercado financiero por la Ley 24/1991, de 28 de julio, del Mercado de Valores, así como en la protección a los derechos del consumidor establecida en la vigente legislación protectora de los consumidores y usuarios.

La relación jurídica que vincula a las partes, inserta en una relación contractual de servicios bancarios más amplia, constituye una modalidad de contrato de servicios financieros, y, en particular, de servicios de inversión de los que se contemplan en el art. 63.1 a) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), que considera como tales la recepción y transmisión de órdenes de clientes en relación con uno o más instrumentos financieros, entre los cuales el art. 2.1 a) incluye los contratos de cualquier tipo que sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no. Se trata, pues, de un contrato que responde a la naturaleza de los contratos de comisión mercantil, de la que participan los contratos que tienen por objeto servicios de inversión, tanto en los casos en que el intermediario se encarga de la ejecución de las órdenes por cuenta del cliente, realizando operaciones de mercado, ya ordinarias, ya extraordinarias -es decir, sin sujeción a las reglas del mercado secundario de que se trate y sin intervención de un miembro del mismo, art. 36.2 y 3 LMV-, como si se considera que el intermediario se limita a canalizar, mediante una gestión de tipo instrumental, las órdenes dirigidas al mercado para que se ejecuten por un miembro del mismo.

Por lo tanto, al contrato se le aplican las normas de la comisión mercantil (arts. 244 y siguientes del C. de C.), si bien, por su vinculación con el mercado, presenta ciertas peculiaridades que modulan su contenido, ya sea porque se identifique con el propio del contrato de comisión relativo a la gestión de instrumentos financieros, en el que el comisionista ejecuta en el mercado las órdenes del cliente, como miembro del mismo, y con la obligación de aceptarlas y ejecutarlas, so pena de incurrir no sólo en responsabilidad contractual, sino también administrativa, ya porque la obligación del banco se considere de carácter meramente medial o viática, que se agota cuando se pone en el mercado correspondiente la orden para que el miembro o agente del mismo proceda a su ejecución.

En todo caso, en la ejecución del contrato la entidad demandada se halla

sometida a las normas de conducta impuestas por el art. 78 de la LMV, y, en particular, al deber de diligencia que establece específicamente el art. 79 a) de la LMV, que comporta la obligación de ejecutar las órdenes específicas impartidas por el cliente en el modo y forma dispuestos por éste (art. 79 sexies 4 de la LMV), adoptando las medidas razonables para obtener el mejor resultado posible para las operaciones de los clientes, teniendo en cuenta el precio, los costes, la rapidez y probabilidad en la ejecución y liquidación, el volumen, la naturaleza de la operación y cualquier otro elemento relevante para la ejecución de la orden (art. 79 sexies 1 de la LMV); obligaciones que, junto con el deber de información al cliente que imponen de forma general los arts. 2.1 d) y 13.1 de la Ley 26/84, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios -en la actualidad en el art. 8.1 d) del Texto Refundido de la Ley-, y específicamente el art. 79 bis.1 de la LMV, pasan a integrar el contenido de la relación contractual, en lo que no es sino la aplicación de lo dispuesto en el art. 1258 del CC.

TERCERO.- Sobre la base de ese contenido contractual, la prueba aportada al proceso, entre la que cobra especial relevancia el informe de la Comisión Nacional del Mercado de Valores -en el cual se describe el contenido de las conversaciones mantenidas entre el cliente y la entidad bancaria sobre el particular, que fueron recogidas mediante sistemas de grabación, en aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión-, pone de relieve que en la conversación mantenida con la operadora de Openbank el 27 de junio de 2008, el cliente, después de haber confirmado que con fecha 20 de junio de 2008 había cursado la solicitud de dos traspasos internos por Internet, manifestó su interés en conocer porqué uno de ellos todavía no se había realizado, en concreto, el que tenía como fondo de destino el denominado Depósitos Plus. En la misma conversación telefónica la operadora confirmó a D. Antonio que la orden de traspaso estaba correctamente tramitada y que la misma debía estar resuelta en unos días, indicándole literalmente que "si por lo que fuera hubiera alguna incidencia con la orden nosotros le llamaríamos". Ello no obstante, fue después, en la conversación telefónica mantenida el 18 de septiembre, cuando se le informa de los motivos que impidieron llevar a efecto el traspaso, que no eran otros que la falta de coincidencia de los titulares del fondo de origen y el titular del fondo de destino y la imposibilidad de, ante tal circunstancia, realizar la operación.

La falta de la oportuna información al consumidor de las razones que obstaculizaron la ejecución de la orden de transferencia por él impartida, y, antes de ello, la falta de verificación de cuáles habían sido los motivos

impeditivos, empleando para ello la debida diligencia y las medidas razonables para obtener el mejor resultado posible para la operación instada por el cliente, e informando seguidamente a éste, constituye una manifestación del incumplimiento de las obligaciones que por virtud del contrato incumbían a la entidad demandada causante de la insatisfacción de su cliente del que causalmente deriva el daño, que no se ve desvirtuado por el hecho de que el usuario del servicio no hubiese informado a la entidad de la diferente titularidad de los fondos de destino con respecto de la que tenían en origen, pues no es éste un deber del cliente, normalmente desconocedor de los requisitos y exigencias de la operativa en la gestión de los instrumentos financieros -tanto más cuanto se prestan a distancia y por medios electrónicos-, que sea capaz de enervar el propio de la entidad que presta el servicio de ese modo, que es el verdaderamente relevante, en términos causales, en la producción del daño sufrido por aquél.

CUARTO.- La responsabilidad de la entidad demandada pasa por la debida acreditación del perjuicio sufrido por el cliente a resultas del incumplimiento contractual, así como de su entidad e importancia económica. Por lo tanto, fuera de los contados casos en que el perjuicio se manifiesta "in re ipsa", es decir, por el mismo incumplimiento (cfr. STS 13 de diciembre de 2004), no basta la prueba de éste, sin acreditación del daño causalmente vinculado al mismo, para que pueda declararse la responsabilidad pretendida y para que el demandante pueda obtener la correspondiente indemnización. Es ésta una pacífica doctrina jurisprudencial que se recoge, entre otras, en la STS de 17 de julio de 2008, cuya aplicación al caso permite únicamente considerar como perjuicio indemnizable, y en la cuantía admitida por las partes (798,07 euros), el correspondiente a la diferencia del valor liquidativo del fondo a 12 de junio de 2008 -fecha de la orden de transferencia- y el 18 de septiembre de 2008 - fecha del reembolso-; mas no es posible considerar acreditado perjuicio distinto, ni material ni moral, toda vez que la demandante se limita a fijar un importe sin precisar siquiera cuál es el concepto indemnizatorio, y sin acreditar en modo alguno la existencia de perjuicio diferente del que representa la pérdida sufrida por el cliente a resultas del incumplimiento de la demandada.

En consecuencia, el perjuicio sufrido como consecuencia del incumplimiento contractual de la entidad demandada, y en el que debe cifrarse, por lo tanto, la indemnización en que se resume su responsabilidad por el incumplimiento, se cuantifica en la suma de 798,07 euros, a cuyo pago resulta condenada, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 1101 y 1124 del CC, en relación con los arts. 1255 y 1252 del CC, y 244 y siguientes del C. de C.

Dicha cantidad devengará el interés legal desde la interposición de la demanda, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1100, 1101 y 1108 del CC.

QUINTO.- La demanda se estima en parte; en consecuencia, no procede imponer las costas a ninguno de los litigantes, debiendo cada uno soportar las causadas su instancia, y las comunes, por mitad (art. 394.2 LEC).

Por lo expuesto,

## **FALLO**

Que, estimando en parte la demanda interpuesta por la Procuradora Doña María Sanaguja Guisado, en nombre y representación de la Asociación General de Consumidores (ASGECO), en la indicada representación de D. Antonio, frente a la entidad Openbank, Santander Consumer, S.A., debo condenar y condeno esta última a pagar a la actora, en la representación que ostenta, la suma de 798,07 euros, con los intereses legales desde la interpelación judicial; sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas del proceso.

Modo de impugnación: mediante recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid (artículo 455 LECn).

El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de cinco días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículo 457.2 LECn). Sólo se admitirá el recurso mediante la acreditación de la constitución del depósito de 50 euros, debiendo ingresarlo en la cuenta de este Juzgado.

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo. Eduardo José Fontán Silva.

Publicación.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.