



## Sección nº 04 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68, pl. 1 - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 935672160

FAX: 935672169

EMAIL:aps4.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120170044456

### Recurso de apelación

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 08 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 183/2017

Parte recurrente/Solicitante:

Parte recurrida: CAIXABANK SA

Procurador/a: Pedro Moratal Sendra

Procurador/a: Ramon Feixó Fernández-Vega

Abogado/a: OSCAR SERRANO CASTELLS

Abogado/a:

## SENTENCIA Nº 776/2018

### Magistrados:

- Vicente Conca Perez
- Jordi Lluís Forgas Folch
- Mireia Rios Enrich

Barcelona, 12 de noviembre de 2018

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** En fecha 11 de enero de 2018 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 08 de Barcelona a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por e/la Procurador/a Pedro Moratal Sendra, en nombre y representación de contra Sentencia - 23/10/2017 y en el que consta como parte apelada el/la Procurador/a Ramon Feixó Fernández-Vega, en nombre y representación de CAIXABANK SA.

**SEGUNDO.** El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

Que desestimando la demanda interpuesta por la , actuando en interés de DON contra CAIXABANK, S.A., absuelvo a la demandada de los pedimentos formulados, sin hacer imposición de costas.

**TERCERO.** El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para





este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo, que ha tenido lugar el día 06/11/2018.

**CUARTO.** En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente al Magistrado Vicente Conca Perez .

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Posiciones de las partes.

1.- La actora, \_\_\_\_\_, actuando en nombre e interés de su asociado D. \_\_\_\_\_, ejercita acción frente a Caixabank SA como sucesora de Bankpime SA a fin de que se declare el incumplimiento por parte de la demandada de sus obligaciones legales de lealtad, diligencia e información en la venta de las participaciones preferentes de Lehman Brothers efectuada el 26 de septiembre de 2005 y las de Kaupthing Bank compradas el 23 de octubre de 2007 y el 18 de febrero de 2008, y como consecuencia de ello se condene a la demandada a pagar a la actora la cantidad de 87.772,20 euros en concepto de daños y perjuicios, más los gastos producidos por la custodia de dichos valores y los intereses legales desde la fecha de la reclamación judicial, compensándose la cantidad resultante con los importes recibidos por el actor en concepto de rendimientos o cupones y sus intereses.

Asume la devolución de los títulos a la demandada y pide su condena en costas.

2.- En primer lugar, sostiene la actora la legitimación pasiva de Caixabank SA a pesar de los términos en que se realizó la transmisión de Bankpime SA a la demandada. En segundo lugar, y en cuanto al fondo, señala que el Sr. \_\_\_\_\_ carecía de especiales conocimientos financieros y de experiencia inversora, siendo su perfil claramente conservador en materia económica.

Invirtió en los valores indicados como consecuencia del consejo que le dieron en la oficina de Bankpime SA en Valencia de la que era cliente desde hacía muchos años, donde le explicaron que se trataba de productos de renta fija (huyendo así de las fluctuaciones de la renta variable) y que se trataba de una imposición a cuatro años (refiriéndose en realidad al plazo de amortización anticipada de los títulos por parte de la entidad).

Señala también la actora que con motivo de la contratación de estos títulos no se le entregó información escrita de ningún tipo en la que se le indicaran los riesgos que contraía con la operación. Incluso la escasa información facilitada fue equívoca, en





cuanto se incluía una fecha de vencimiento, cuando la misma no era sino la posibilidad que se reservaba el emisor de amortizar los títulos.

Por último, indica que cobró durante la vida de la inversión, y hasta la quiebra de los emisores de los títulos diversos rendimientos, que deberán compensarse con la cantidad reclamada, aunque no dispone de toda la documentación sobre el particular.

3.- La demandada se opone a la pretensión de la actora, oponiendo en primer lugar su propia falta de legitimación, tanto ad processum como ad causam.

En cuanto al fondo pretende la demandada que sea el actor el que demuestre que no hubo diligencia por parte de la entidad bancaria, de acuerdo con el artículo 217 Lec, y añade que, dada la existencia de un proceso de integración entre las dos entidades, Caixabank SA no dispone de documentación anterior al mismo.

No obstante, señala que el Sr. [redacted] contrató con anterioridad productos de riesgo similares al de autos, siendo consciente del mayor riesgo que comportaban.

En definitiva, dice la demandada, no hay la menor prueba de deslealtad o negligencia por parte de Bankpime SA, que pueda dar lugar a la indemnización de los daños y perjuicios reclamada.

Por otra parte, rechaza que deba restituir los gastos derivados del contrato de depósito, pues el mismo ha sido cumplido con toda diligencia por la demandada.

En cuanto a las cantidades percibidas por el actor durante la vigencia de la inversión, suman, en efecto y tal como calcula la actora en su demanda, 7.380 euros.

Finalmente, señala que la acción habría caducado porque los demandados tuvieron conocimiento de la situación desde hace más de nueve años, sin haber actuado desde entonces.

#### SEGUNDO.- Decisión de la jueza y recurso.

1.- La sentencia apelada, atendiendo al contrato por el que Caixabank SA adquiere parte del negocio de Bankpime SA, aprecia la falta de legitimación pasiva de la demandada, sin hacer pronunciamiento sobre costas por las dudas jurídicas que plantea.

2.- La parte actora recurre la sentencia e insiste en la legitimación de la demandada, además de reiterar sus argumentos sobre el fondo.

#### TERCERO.- Decisión del tribunal de apelación. La legitimación de la demandada.

1.- La cuestión de la legitimación de Caixabank SA en la operación de integración de Bankpime SA ha sido discutida, dados los términos en que se convino.

Sin embargo, la misma ha quedado resuelta por la STS 652/17, 29 noviembre. Su contenido es plenamente conocido por las partes, a pesar de que al tiempo de sus escritos de recurso no se había publicado todavía, por lo que no procederemos a transcribirla alargando inútilmente esta resolución.

Lo que queda claro es que el Tribunal Supremo declara nula por fraudulenta la cláusula

Codi Segur de Verificació: CXER3E39NE9S5V7T9PGOFVDCRIFXUF

Signal per Conca Perez, Vicente; Forgas Folch, Jordi; Lluís, Rios Enrich, Mireia;

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAPI/consultaCSV.html>

Data i hora 23/11/2018 12:59





de exoneración de responsabilidades a favor de Caixabank SA y que esta entidad está plenamente legitimada para responder en lugar de Bankpime SA.

2.- Lo dicho nos lleva a examinar la cuestión de fondo, obviada por la sentencia de la primera instancia.

De acuerdo con la defensa que Caixabank SA planteó en su momento, serán puntos a examinar:

- a) la caducidad de la acción.
- b) la carga de la prueba del cumplimiento de los deberes de información, diligencia y lealtad del banco en la relación con sus clientes.
- c) examen de la prueba sobre la concreta contratación.

#### **CUARTO.- Decisión del tribunal (II) La caducidad de la acción y la carga de la prueba.**

1.- Lo primero que debemos recordar es cuál es la acción ejercitada. No se ha planteado una acción de anulabilidad por error vicio en el consentimiento, sino una acción de resolución por incumplimiento de la demandada de obligaciones relacionadas con el contrato impuestas por la ley.

El plazo de caducidad del artículo 1301 CC (cuatro años) no es aplicable a la acción aquí ejercitada, que se rige por el general del artículo 1964 CC (el contrato tuvo lugar en Valencia) en su redacción inicial (no afecta la reforma introducida por la ley 42/15).

Por lo tanto, no puede hablarse de prescripción (ni caducidad) por el plazo del artículo 1301 CC.

2.- La parte demandada planteaba en la primera instancia que era el actor el que debía acreditar la falta de diligencia del banco.

Esta tesis no puede sostenerse pues, como hemos dicho en reiteradas ocasiones, es el banco el que soporta una serie de obligaciones legales de obligado cumplimiento, cuya inobservancia constituye, precisamente, el fundamento de la acción ejercitada. Resumiendo, no es el cliente el que ha de probar que no se ha dado la información, sino el banco el que debe justificar que la ha dado.

Pues bien, siendo así, esas obligaciones impuestas por la Ley del Mercado de Valores (en su redacción anterior y posterior a la Directiva Mifid) obligaban al banco a asumir una función de asesoramiento respecto del cliente no avezado en la inversión de productos complejos o de riesgo.

Tratándose de actuaciones de signo negativo para el cliente (probar la no información) es claro que el artículo 217 Lec invocado por el demandado desvía la carga de la prueba hacia el banco, pues los hechos negativos tienen muy difícil prueba.

En cuanto a la alegación de que Caixabank SA carece de datos anteriores a la integración de ambas entidades, naturalmente se trata de un problema sólo a ella imputable, relacionado con la forma en que se produjo dicha operación.

En consecuencia, es Caixabank SA quien ha de probar que Bankpime SA empleó la diligencia necesaria en el cumplimiento de sus obligaciones legales.

Codi Segur de Verificació: CXER339NE9SVV79PGOFVDCRKFUF

Signat per Conca Perez. Vicele: Forgas Folch, Jordi Lluís; Ros Enrich, Mireia;

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAPI/consultaCSV.html>

Data i hora: 23/11/2018 12:59





**QUINTO.-** Decisión del tribunal (III) Valoración de la prueba sobre el cumplimiento por parte del banco de las obligaciones que la ley le impone en materia de información, lealtad y diligencia.

1.- La prueba de que no se cumplieron esas obligaciones es, en realidad, abrumadora. Por una parte, el banco no aporta justificación documental alguna mediante la que se facilitara al cliente información de los productos que contrataba.

Pero, por otra, la testifical producida en el juicio es sumamente clarificadora acerca de la información que realmente recibió el Sr. . Centrándonos en la del Sr. , que

era la persona del banco con la que se entendía normalmente el actor, aquél manifiesta:

- a) que el Sr. buscaba seguridad y rentabilidad.
- b) que las participaciones preferentes se consideraban en aquellos momentos productos seguros.
- c) que el Sr. no tenía experiencia y se dejaba aconsejar por él.
- d) que estos productos no tenían la consideración de especulativos.
- e) que no se explicaba en ningún caso el riesgo de pérdida de capital.
- f) que se decía al cliente que si lo necesitaba podía vender sin problemas el producto que estaba adquiriendo.
- g) que no se entregaba ningún tipo de folleto o tríptico explicativo de lo que se adquiría.

2.- En realidad, nos encontramos con el problema tantas veces detectado en estos años, de que ni siquiera los empleados del banco eran conscientes de la verdadera naturaleza y riesgos que presentaba un producto como las participaciones preferentes. Y claro, siendo así, mal podían trasladar esos riesgos al cliente.

Por lo tanto, y por lo expuesto, hemos de concluir que hubo una flagrante infracción de los deberes legales que soportaba el banco, y que esa infracción es generadora de la indemnización interesada.

3.- Desde otro punto de vista, el apelado alega que hubo pluspetición al reclamarse los gastos del contrato de depósito de valores ya que el banco cumplió escrupulosamente las obligaciones que le venían impuestas por dicha relación.

Siendo cierto ese cumplimiento de la obligación de depositario, no lo es menos que esos gastos tienen su origen en el contrato que estamos resolviendo y que, por ello, resultan ambos comunicados, afectando la resolución de uno, y la obligación de responder de los perjuicios, al otro ya que el depósito no tenía razón de existir sino en función del previo contrato de compra de valores.

Por lo tanto, no hay pluspetición alguna.

4.- El resultado de la estimación de la demanda es la indemnización de los perjuicios, que conforme señaló la STS 30.12.14 se calculan restando al capital en su día entregado los rendimientos obtenidos y aplicando a la cantidad resultante el interés legal desde la interpelación judicial.

La STS 81/18, 14 febrero sienta definitivamente doctrina sobre la consecuencia

Codi Segur de Verificació: CXER3E39NE9SVV719PGOFVDCRIKFXUF

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signal per Conca Perez, Vicente; Forgas Folch, Jordi; Lluis, Rios Enrich, Mireia;

Data i hora 23/11/2018 12:59





indemnizatoria de la resolución que nos ocupa.

5.- Por último, debemos referirnos al pronunciamiento sobre costas, especialmente teniendo en cuenta que en la primera instancia, a pesar de la desestimación de la demanda, no se impusieron al actor, precisamente por las dudas de derecho existentes. Estimado el recurso, y con él la demanda, no puede mantenerse el mismo criterio. Las posiciones de ambas partes en el proceso no son equiparables desde el momento en que la sentencia del Tribunal Supremo que antes citamos considera claramente fraudulenta la actuación de Caixabank SA a la hora de articular la absorción de Bankpime SA.

Por lo tanto, acudiendo a las reglas generales de los artículos 394 y 398 Lec, debemos imponer a la demandada las costas de la primera instancia y no hacer pronunciamiento condenatorio respecto de las de esta alzada.

Vistos los preceptos aplicables,

### F A L L A M O S

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de  
, en nombre e interés de D.

frente a la sentencia dictada en el juicio ordinario nº  
seguido ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de Barcelona, debemos **REVOCAR  
Y REVOCAMOS** dicha sentencia, y en su lugar dictamos la presente por la que  
estimando la demanda interpuesta frente a **CAIXABANK SA** debemos **CONDENAR Y  
CONDENAMOS** al demandado a que pague al actor la cantidad de **OCHENTA MIL  
TRESCIENTOS NOVENTA Y DOS EUROS CON VEINTE CÉNTIMOS**, intereses legales  
desde la interpelación judicial y costas de la primera instancia, sin que haya lugar a  
pronunciamiento condenatorio respecto de las de esta alzada, por lo que cada parte  
pagará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

La demandada deberá indemnizar también al actor en el importe de los gastos  
percibidos por el depósito de los valores.

Devuélvase a la parte el depósito constituido para recurrir.

Contra esta sentencia puede interponerse recurso de casación y extraordinario por  
infracción procesal, siempre que concurren los requisitos legal y jurisprudencialmente  
exigidos.

Notifíquese, y firme que sea devuélvase los autos al Juzgado de origen con testimonio  
de esta sentencia para su ejecución y cumplimiento, y archívese la original.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando en esta instancia, lo  
pronunciamos, mandamos y firmamos.





Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales, que el uso que pueda hacerse de los mismos debe quedar exclusivamente circunscrito al ámbito del proceso, que queda prohibida su transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento y que deben ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de justicia, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que puedan derivarse de un uso ilegítimo de los mismos (Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo y artículo 5 de la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal).

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <a href="https://ejcat.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html">https://ejcat.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html</a>	Codi Segur de Verificació: CXER3E39NE8SV7T9PGOPVDCRIFXJUF
Data i hora 23/11/2018 12:59	Signat per Conca Perez, Vicente; Forgas Folch, Jordi Lluís; Rios Enrich, Mireia.

