



Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Barcelona

Gran Vía de les Corts Catalanes, 111, edifici C, planta 7 - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935549412
FAX: 935549512
EMAIL: instancia12.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120168205458

Procedimiento ordinario

Materia: Juicio ordinario otros supuestos

Parte demandante/ejecutante: .

Parte demandada/ejecutada: CAIXABANK SA
Procurador/a: Ramon Feixó Fernández-Vega

Procurador/a: Pedro Moratal Sendra
Abogado/a: OSCAR SERRANO CASTELLS

Abogado/a:

SENTENCIA N° 42/2018

En Barcelona a 20 de febrero de 2018,

Vistos por Xavier Albanell Palau, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Barcelona , los presentes autos de juicio ordinario sobre acción de resolución contractual y reclamación de daños y perjuicios en materia de contratos bancarios, seguidos en este Juzgado, bajo el número , a instancia de en defensa de los intereses de representada por el procurador Sr. Moratal y asistida por la letrada Sra. Sanjuán contra CAIXABANK, S.A representada por el procurador Sr. Feixó Fernández Vega y asistida del letrado Sr.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por el procurador Sr. Moratal en la representación indicada y mediante escrito que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, se presentó demanda de juicio ordinario contra la demandada en ejercicio de acción de resolución contractual y de reclamación daños y perjuicios en la que en síntesis se alegaba: 1) que la actora, en fechas de 9.8.07 y 1.11.2007, adquirió 16 títulos de participaciones preferentes de la entidad Kaupthing Bank, a través de Bankpyme, tras recibir una deficiente información por parte de dicha entidad y por ello con total grado de desconocimiento de los riesgos que ello entrañaba, lo que a la postre les ha determinado una pérdida patrimonial producto de la diferencia entre los 15.439,10 euros depositados y los gastos de custodia menos los importes percibidos en concepto de rendimientos. Tras alegar los fundamentos de derecho que se estimaron de aplicación se terminaba solicitando que se dictara sentencia por la que tras declarar el incumplimiento





contractual de Bankpyme de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información acordara la resolución contractual y se condenara a Caixabank en concepto de daños y perjuicios al pago del importe de 15.439,10 euros, más los gastos de custodia directamente vinculados, más los intereses legales desde la reclamación judicial , si bien , compensados con los importes percibidos como rendimientos y sus intereses .

SEGUNDO.-En fecha de 10.1.2017, se admitió a trámite la demanda, dándose el oportuno a la parte demandada que compareció, en tiempo y forma, para contestar la demandada a la que hacía oposición alegando su falta de legitimación pasiva, que Bankpyme se limitó a una mediación, que no se realizaron funciones de asesoramiento, que las órdenes de compra fueron ejecutadas siguiendo las instrucciones de los clientes que tuvieron a su alcance toda la información del producto, gozando de experiencia inversora de modo que no existió ningún incumplimiento esencial .

TERCERO.-El día 17.7.2017 , tuvo lugar la audiencia previa, en la que tras intentarse sin éxito la conciliación, se dio paso a la proposición de prueba. Por la actora se interesó la documental y la testifical . La parte demandada CAIXABANK, S.A solicitó la prueba de documentos únicamente. Toda la prueba fue admitida . El día 14.2.2018, tuvo lugar el acto de la vista, llevándose a cabo la prueba propuesta y admitida, formulando después las partes sus conclusiones y pedimentos finales, quedando entonces las actuaciones pendientes para dictar sentencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora presenta demanda en su condición de titular de participaciones Kaupthing Bank por importe de 15.439,10 euros aduciendo que no le fue entregado ninguna documentación de tipo informativo del producto lo que implicó que la entidad financiera no le informó adecuadamente del tipo de producto, sus riesgos, de que no era adecuado a su perfil. Con esta base fáctica, ejercita la actora una acción de resolución contractual al amparo del artículo 1124 CC y de indemnización de daños y perjuicios del artículo 1101 CC.La demandada CAIXABANK,S.A adujo su falta de legitimación pasiva sobre la base de haber adquirido únicamente determinados elementos del activo y pasivo que formaba el negocio bancario de BANKPIME, sin concurrencia de un supuesto de sucesión universal y con constancia expresa en el contrato de adquisición de los mismos que quedaban excluidos los pasivos contingentes, tales como





reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes y futuras que pudieran derivarse de la actividad de BANKPIME , alegando además que ésta entidad ha mantenido su personalidad jurídica y que ninguna sucesión se había producido a propósito de eventuales reclamaciones por productos adquiridos a través de BANKPIME. De forma añadida sostiene que fue facilitada toda la información , que no había asesoramiento y que Bankpyme fue simplemente mediadora.

SEGUNDO.- Rechazaré la excepción de falta legitimación pasiva entendiendo que se ha producido un traspaso de relación comercial de Bankpime a Caixabank, basando este decisión en los criterios establecidos por SAP Castellón de 10.4.2014 y SAP Baleares de 6.11.2014.

Como consecuencia de la adquisición del negocio bancario de Bankpime por parte de Caixabank se produjo la cesión a ésta de los contratos a través de los que se desarrollaba aquél, con la consiguiente subrogación de ésta en la posición jurídica ocupada por aquella en los mismos, asumiendo por tanto los derechos y obligaciones de ellos derivados con exclusión de la cedente sin perjuicio de su responsabilidad frente a la cesionaria conforme a los expresamente pactado al respecto y en las cuestiones atinentes a la existencia, validez y eficacia de las correspondientes relaciones negociales. Al dilucidarse una responsabilidad surgida en el ámbito de la intermediación de valores, complementaria además como no puede ser de otra manera a un negocio de depósito o custodia y administración de los mismos, la subrogación inherente a la cesión permite residenciar las obligaciones derivadas del mismo en la parte demandada al ocupar la posición de Bankpime a todos los efectos. Cabe indicar que a pesar que en el contrato entre Bankpime y Caixabank se excluyesen los pasivos contingentes tales como reclamaciones contractuales o extracontractuales presentes o futuras como no consta que dicha circunstancia fuese comunicada de los demandantes, no es posible que les pueda ser opuesta, por tanto, no ha existido una aceptación de la mencionada exclusión por parte de los demandantes.

En la reunión de Magistrados del orden jurisdiccional civil de la Audiencia Provincial de Baleares, de 7.10.2014, se acordó por unanimidad de los asistentes que no existe ausencia de legitimación pasiva de la entidad financiera que ha adquirido de otra entidad bancaria el negocio bancario de ésta última, conformado por los activos y parte de los pasivos sin que dicha adquisición comporte una sucesión universal ni fusión por absorción de las dos sociedades, cuando quedan fuera de dicha transmisión y en virtud del mismo contrato, las reclamaciones presentes y futuras que los clientes de la entidad transmisora puedan realizar, porque nos hallamos ante una cesión de contratos en los que la entidad adquirente ocupa la posición contractual de la transmitente a todos los efectos respecto de los clientes de ésta última, eso sí, sin perjuicio de las acciones de repetición que quepa ejercitar por la entidad adquirente frente a la mercantil vendedora.





Caixabank, S.A en méritos del contrato que celebró con Bankpime, pasó a ocupar la posición contractual que ésta tenía respecto de los actores, respecto de los contratos celebrados por estos con Bankpime, máxime cuando como dice la propia Caixabank en su escrito de contestación adquirió el negocio de Bankpime como unidad económica. Por consiguiente, la relación negocial seguida entre Bankpime y Caixabank no supuso, simplemente, la transmisión de derechos y obligaciones aislados, sino entendidos en conexión con una relación recíproca que les da sentido, creando un vínculo de interdependencia entre ellos. Dicha cesión no sólo comprende derechos y obligaciones, sino también otros efectos jurídicos, como son las acciones de nulidad, rescisión y anulabilidad, así como las facultades de modificación o extinción contractual, es decir, los denominados derechos potestativos.

En todo caso, hoy la cuestión ha sido definitivamente resuelta por la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 29.11.2017, que termina por considerar que la cláusula por la que Caixabank pretendía exonerarse, es fraudulenta, pues defrauda los derechos legítimos del cliente bancario, que es un tercero frente al cual la cláusula invocada carece de eficacia, de ahí que resoluciones como SAP Barcelona de 14.12.2017 Sección 13 hayan asumido la legitimación pasiva de Caixabank, criterio que adoptaré también.

TERCERO.-Acerca del perfil conservador y moderado de la demandante no se alberga duda alguna; se trata de una persona sin un especial conocimiento del mercado financiero, ahoradora de quien no existe constancia de que estuviese dispuesta a asumir un alto riesgo de volatilidad y escasa liquidez, sino que parece plausible pensar, por su perfil, que realmente actuase movida por la confianza que tenía depositada en los trabajadores de la entidad quien ha reconocido que los actora era cliente de la oficina desde el año 1992. En todo caso, desde la demandada renunciando al interrogatorio de la demandante no se ha conseguido probar unas conclusiones opuestas a las anteriores.

Ambas partes coinciden a la hora de afirmar que los productos contratados son participaciones preferentes, respecto de las que la Comisión Nacional del Mercado de Valores indica que se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido, por esta razón, fácil es comprender que siendo un producto complejo, se exija un especial cuidado en la información que se facilita al inversor. No creo que el mero hecho de una mayor rentabilidad deba llevar asociada automáticamente la idea de riesgo y menos que esta asociación de ideas daba hacerla el cliente sin previa y suficiente información de la entidad.

Siendo un instrumento financiero complejo para su comercialización debía observarse la normativa protectora informativa prevista en la Ley del Mercado de Valores y en sus normas de desarrollo . Ya el RD 629/93 sobre normas de actuación en el mercado de valores, con referencia a la Ley 24/88, obligaba a las





entidades a facilitar toda la información que pudiera ser relevante para que los clientes pudieran tomar una decisión con conocimiento de causa del producto contratado. Los productos contratados antes de 1.11.2007, tal es nuestro caso, se rigen por el contenido primitivo del artículo 79 LMV, así como por el mencionado Real Decreto que venían a establecer que las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores , tanto recibiendo como ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones de valores , deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado, deberán desarrollar una gestión ordenada y prudente, así como asegurarse de que sus clientes disponen de toda la información y mantenerlos siempre informados, precisando el Real Decreto que la información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación, haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva .

Por tanto, aunque no estuviese en vigor la normativa Mifid ello no significa que no estuviera la entidad obligada a informar a su cliente en los términos que, aunque de forma menos detallada ya preveía la normativa sectorial . Dicho de otro modo, resultaba claramente una obligación de la demandada de tomar en consideración el perfil inversor de la parte actora y de ofrecer a ésta toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción de decisiones.

Ya el Tribunal Supremo en su sentencia de 11.5.2016, recordó que antes de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa Mifid, la legislación ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos. La inclusión expresa de la normativa Mifid, acentuó las obligaciones informativas, pero no supuso una regulación realmente novedosa.

Y conforme se ha expuesto, no puede decirse que en el caso de que se trata la demandada cumpliera con su deber de información, ya que, no existe documentación alguna aportada a los autos, ni contrato, ni orden de compra ni folleto informativo, a partir de la cual, poder siquiera analizar el contenido de la información que se dice facilitada. Faltando información documentada es del todo punto insuficiente para entender cubierta la exigencia informativa lo manifestado por el Sr. , empleado de la entidad, que dicho sea de paso, expresó que entonces no había percepción del riesgo, que en todo caso, no entregaban ningún folleto informativo, ya que no disponían de ellos, por eso, no comparto los argumentos defensivos de la entidad acerca de que se informara adecuadamente de los riesgos a los clientes.

En suma, la falta de constancia documental sobre la información recibida y la ausencia de una labor de prueba que hubiera permitido acreditar que aquélla se suministró verbalmente de forma adecuada, nos ha de permitir decir que la





demandada no facilitó ni antes de la suscripción ni con posterioridad la información que le era exigible acerca de los riesgos del producto, ni de la evolución de la solvencia del emisor cuando la carga de la prueba correspondía a la entidad demandada. Se desconoce qué tipo de información fue facilitada, sus concretos términos, su contenido. No consta entregado un folleto informativo y las órdenes de compra tampoco nos constan.

Sobre si hubo o no asesoramiento. Según la STJUE de 30.5.2013, la cuestión de si un servicio de inversión constituye o no asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino en la forma en que es ofrecido al cliente o posible cliente, definiéndose el servicio de asesoramiento en materia de inversión como la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión. Se entiende por recomendación personal una recomendación realizada al posible inversor que se presente como conveniente para la persona o se base en una consideración a sus circunstancia personales. Carece de esta consideración si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público. Por tanto, considero que en este caso efectivamente existió una recomendación de un instrumento financiero en concreto, que fue personalizada, que se presentó como idónea al inversor basándose en sus circunstancias personales, no siendo plausible pensar que la demandante acudiera a la entidad en búsqueda de unas participaciones de un banco islandés, lo cual , conduce a pensar que la iniciativa partió de la entidad de inversión, que no hubo una simple ejecución de una orden de la cliente, sino una labor de asesoramiento.

Pensamos que este incumplimiento del deber de información, en particular , de pérdida del capital, posibilidad de dejar de percibir la retribución y la relación entre el valor del producto y la situación financiera del emisor es importante y por ello determinante del incumplimiento contractual, pues, si bien es cierto que la demandada refiere, que no acredita, la contratación anterior de algún otro producto de inversión, sin explicitar ni de cuál se trata y menos de sus concretos riesgos, tampoco ello convertiría a la actora en una cliente experta al no probarse que en esos otros casos se diera a la demandante una información adecuada para contratar el producto, como refiere la SAP Barcelona de 15.2.2016 Sección 1.

No puede tampoco considerarse que Bankpyme fuera un mero intermediario de las órdenes de compra, hubo una actividad previa de presentación del producto, de información sobre el mismo, el Sr. sostuvo que fue ofrecido dentro de un catálogo de productos; la actora tenía plena confianza en la entidad y su empleado reconoce el trato personal, razón por la cual, la solvencia y profesionalidad de Bankpyme debieron ser determinantes de la contratación. Era Bankpyme quien tenía obligación de informar, solamente a ella, hoy a Caixabank, se le puede imputar la carencia de información.





CUARTO.-Ese déficit de información provocó un conocimiento equivocado sobre los riesgos que asumían, por eso, la entidad bancaria incurrió en un incumplimiento contractual capaz de engendrar o legitimar esa reclamación de daños y perjuicios que es el objeto de la demanda sin que sea dable decir que entre esa falta de información y la pérdida patrimonial falte la necesaria relación de causalidad, por cuanto los profesionales de la economía y la inversión son conocedores que las crisis son cíclicas y un revés económico puede producirse en cualquier momento, por lo que ante un producto de riesgo hay que dar una información adecuada con la advertencia de qué puede ocurrir en el peor de los casos para que así el cliente pueda decidir. En suma, la deficiente información ha ocasionado un daño al cliente, quien de haber sabido las características y riesgo de los productos, fácilmente no los habría adquirido. Este incumplimiento de los deberes de información frente al cliente constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos que se concretarán en la restitución de los 15.439,10 euros más los gastos de custodia directamente vinculados (103 euros), más los intereses legales desde la exigencia judicial (desde la interpelación judicial o demanda) previa deducción por vía de compensación con todos los importes percibidos por los actores en concepto de rendimientos 1.198,13 euros, con sus intereses, pues frente a la documentación de la demandada no se ha ofrecido contradicción.

Resumidamente, las participaciones preferentes, como productos complejos que son, exigen para la válida conformación de la prestación del consentimiento que la entidad proporcione una completa información, que ha de ser clara, comprensible, suficiente, no engañosa y real, entendiendo el Tribunal Supremo que el incumplimiento de estos deberes por la entidad implica un incumplimiento grave de sus obligaciones, que de conformidad con lo establecido en el artículo 1101 CC genera responsabilidad civil, que se concreta en el deber de resarcir al cliente por la pérdida de la inversión, saliendo al paso de la objeción que formaliza la demandada, sobre la base de la doctrina de los actos propios que habrían convalidado el contrato ante la inexistencia de queja o reclamación, por el cobro de los cupones, puesto que el hecho de aceptar las liquidaciones positivas, el cobro de los cupones, no supone un acto de conocimiento y de aceptación del producto que impida la reclamación cuando llega el efecto negativo o la pérdida, pues, precisamente, es en este momento, es decir, con la llegada del resultado negativo, en nuestro caso, no cobrar los cupones, cuando se llega a comprender el error de consentimiento que se ha sufrido.

QUINTO.-En materia de costas, el artículo 394 LEC establece que éstas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas enteramente sus pretensiones, por lo que, estimada la demanda, resultará la expresa condena en costas de la demandada.

FALLO





QUE ESTIMANDO la demanda interpuesta por la representación procesal de en nombre de contra CAIXABANK, S.A declaro el incumplimiento de las obligaciones contractuales de lealtad, diligencia e información de la entidad demandada en la venta de las participaciones preferentes Kaupthing Bank, declarando la resolución de las órdenes de compra 9.8.2007 y 1.11.2007 y, condeno CAIXABANK, S.A a reintegrar a la actora la suma de 15.439,10 euros, más los gastos de custodia directamente vinculados a estos valores 103,00 euros , más los intereses legales desde la interposición de la demanda , debiéndose compensar la cantidad resultante con los rendimientos obtenidos por la actora 1.198,13 euros con sus intereses. Se imponen las costas a la demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer el correspondiente recurso de apelación, que será resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona.

Así lo pronuncio, mando y firmo Xavier Albanell Palau Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Barcelona.

