| Intervención: | Interviniente: | Procurador: |
|---|---|---|
| Apelante | BANKINTERSA | TERESA MORENO RODRÍGUEZ |
| Apelante | | TERESA COS RODRIGUEZ |

# SENTENCIA nº 000003/2014

Iltmo. Sr. Presidente:

Don Miguel Carlos Fernández Díez.

Iltmos. Sres. Magistrados:

Don Bruno Arias Berrioategortúa.

Doña Milagros Martínez Rionda.

==========

En la Ciudad de Santander a nueve de enero de dos mil catorce.

Vistos en trámite de apelación ante esta Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria los presentes Autos de Juicio Ordinario número 906 de 2011, (Rollo de Sala número 410 de 2010), procedentes del Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de los de Santander, seguidos a instancia de la entidad , contra la entidad Bankinter S.A.



Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

En esta segunda instancia ha sido parte apelante , representada por la Procuradora Sra. Cos Rodríguez y asistida por el Letrado Sr. Fernández Sopeña; y parte apelada e impugnante BANKINTER S.A., representado por la Procuradora Sra. Moreno Rodríguez y asistido por el Letrado Sr. Muñoz Garcia Liñan.

Es ponente de esta resolución el Ilmo. Sr. Magistrado Don Bruno Arias Berrioategortúa.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO: Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de los de Santander y en los autos ya referenciados, se dictó Sentencia con fecha 27 de junio de 2011, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: *"FALLO: Estimando parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Cos en representación de la entidad contra la entidad BANKINTER S.A., declaro que la demandada incumplió sus deberes de información y asesoramiento diligente en la contratación de productos de acuerdo con la normativa aplicable del mercado de valores, por lo que condeno a esta a abonar a la actora la cantidad de 25.000 euros.*



Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

*No se hace especial imposición de las costas de esta instancia.".*

SEGUNDO: Contra dicha Sentencia, la representación de la parte demandante interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, y la parte demandada impugnó la resolución fueron admitidos a trámite por el Juzgado; y tramitados, se remitieron las actuaciones a la Iltma. Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes, habiendo correspondido por turno de reparto a esta Sección Segunda, donde se ha deliberado y fallado el recurso el día señalado, quedando pendiente de dictarse la resolución correspondiente.

TERCERO: En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para resolver el recurso, en razón a la existencia de otros asuntos civiles señalados con anterioridad.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La parte actora ejercita una acción de reclamación de cantidad por responsabilidad contractual contra la demandada, como consecuencia de la pérdida de la inversión hecha en octubre de 2007 y consistente en la adquisición de 160.000 euros en bonos "Lehman Brothers 6,375%", carentes de valor tras la



Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

quiebra de la entidad emisora de los mismos, Lehman Brothers Holdings Inc., en septiembre de 2008. La demanda se fundamenta en el incumplimiento o extralimitación del mandato dado para la inversión de 160.000 euros en renta fija totalmente garantizada y vencimiento anterior a mayo de 2011, y en el incumplimiento de la Ley del Mercado de Valores, tanto en relación con las obligaciones relativas a las obligaciones de información como a la formalización de las órdenes de compra.

La entidad demandada se opuso a la demanda, negando los incumplimientos y atribuyendo la pérdida de la inversión fue la inesperada quiebra del banco americano.

La demanda fue parcialmente estimada en el Juzgado de Primera Instancia, y contra ella recurren ambos litigantes, pretendiendo cada uno una sentencia enteramente favorable a sus intereses.

La parte demandante alega como motivos del recurso error en la valoración de la prueba y consiguiente incumplimiento o extralimitación del mandato y de las obligaciones legales que protegen al consumidor en la contratación de productos financieros en cuanto a los deberes de información y asesoramiento diligente al cliente.

Y la parte demandada, como argumento de su impugnación de la sentencia de instancia, niega



Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

cualquier incumplimiento relativo a los deberes de información así como, subsidiariamente, la falta de relación causal entre ese incumplimiento y el daño ocasionado a la sociedad demandante.

SEGUNDO: Resolviendo conjuntamente todos los motivos de los recursos este tribunal, a la vista de la prueba practicada, este tribunal considera que ha quedado suficientemente acreditado que en octubre de 2007 D. en representación de la sociedad actora, condicionó la inversión de los 160.000 euros que había recibido como fianza arrendaticia a una renta fija con garantía total de devolución en determinado plazo, pues en esto coinciden tanto el mismo como director de la oficina de Bankinter S.A. al que se le hizo ese concreto encargo. En cumplimiento de esas indiscutidas instrucciones el banco hizo las gestiones necesarias para que la inversión se materializara en su totalidad en la adquisición de bonos "Lehman Brothers 6,375%".

El banco no ha conseguido probar que facilitara información de las características de esa inversión a la actora, ni que la misma hubiera sido conocida y consentida por la sociedad inversora, pues esto fue negado por D. y afirmado por D.



Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

quien aludió a una orden escrita de que Bankinter.

La inversión se ha perdido como consecuencia de la quiebra de la entidad americana emisora de esos bonos en septiembre de 2008, siendo éste un hecho público y notorio, no controvertido para los litigantes.

TERCERO: Con carácter general, en el contrato de mandato el mandatario debe seguir las instrucciones que recibe del mandante y queda exento de responsabilidad si así lo hace, con independencia del resultado de la gestión (art. 1719 CC y 254 CCom, respecto de la comisión mercantil). El Pleno de la Sala I del Tribunal Supremo en su sentencia 244/2013, de 18 de abril de 2013 -resolviendo también una cuestión suscitada con la adquisición de unos bonos de Lehman Brothers-, ha establecido que "las indicaciones del cliente sobre su perfil de riesgo y sus preferencias de inversión desempeñan una función integradora del contenido del contrato, fundamental en el caso del mandato (arts. 1719 CC y 254 y 255 CC), haciendo la función de instrucciones al gestor para el desarrollo de su obligación básica".

Realizando esa función integradora del contenido del contrato, es claro que el encargo consistía en la realización de una inversión segura



Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

conforme a las expresas y terminantes instrucciones recibidas de la sociedad inversora, sin concretar ninguna otra característica relativa a la naturaleza o requisitos de esa inversión, como podía haber sido la exigencia de un determinado nivel de solvencia del producto bancario (como se infiere que ocurrió en la STS 243/2013, de 18 de abril).

Es claro que la inversión consistente en la adquisición de bonos Lehman no fue segura, pues no se pudo recuperar la inversión como consecuencia de la quiebra del emisor de los bonos. De este hecho se desprende que el banco no se ajustó a las condiciones de plena seguridad de quien le había hecho el encargo. constreñidas por las exigencias absolutas impuestas por el cliente para la recuperación de su inversión.

En suma, la elección inicial de Lehman Brothers se demostró a la postre como desacertada y contraria a las expresas instrucciones dadas al respecto por

CUARTO: En relación con los deberes de información al y del cliente que que efectúan ambos litigantes es preciso resaltar que la contratación de los bonos que sirven de fundamento a la petición de indemnización de daños y perjuicios se realizó en octubre de 2007. El conflicto debe resolverse a la luz de los preceptos que entonces tenían vigencia (STS



Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

243/2013, de 18 de abril de 2013). Estos se contenían en la Ley del Mercado de Valores en su redacción anterior, y en el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, cuyo Anexo establecía un Código de Conducta en el que el art 4 sentaba unos principios de imparcialidad, buena fe, cuidado y diligencia en las operaciones, obligando a las entidades a solicitar de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer, y el art 5 la obligación de facilitar a los clientes la información disponible para la adopción de las decisiones de inversión, buscando los productos más adecuados a sus objetivos, con información clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo, haciendo hincapié en los riesgos que cada operación podía conllevar, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente tenga un preciso conocimiento de los efectos de la operación a contratar. A las entidades de crédito incumbe la carga de la prueba del cumplimiento de esas obligaciones y de que el cliente comprendió en lo necesario las características del producto contratado, conforme resulta del principio de la proximidad de prueba o



Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

facilidad probatoria contemplado en el art. 217 LEC en tanto que por las normas que le son aplicables a su actuación dichas entidades tienen la obligación de conservar documentación de las operaciones y de la información dada, lo que en este caso no se ha producido.

El banco no ha conseguido acreditar que facilitara información adecuada acerca de la no absoluta seguridad de los bonos adquiridos en cumplimiento del encargo hecho por Construcciones Ibañez S.A.

QUINTO: Finalmente, aunque es cierto que conforme al aplicable Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación de los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, Bankinter venía obligado a conservar en el archivo correspondiente la orden recibida del cliente, y que el Banco no lo ha hecho, este incumplimiento no genera ninguna responsabilidad contractual porque la obligación básica del contrato de mandato determinada por la incontrovertida instrucción del cliente acerca de la inversión que pretendía, se cumplió adecuadamente.

SEXTO: Consecuentemente con todo lo anterior, procede la estimación de la apelación planteada por la parte actora, y la desestimación de la



Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

impugnación de la demandada, y por lo tanto, la estimación de la demanda inicial, con los consiguientes pronunciamientos sobre las costas (arts. 394 y ss LEC).

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de Su Majestad el Rey,

**F A L L A M O S**

1/ Estimar la apelación de

y desestimar la impugnación de Bankinter S.A.;

2/ Revocar la sentencia de la primera instancia para en su lugar estimar íntegramente la demanda interpuesta por
contra Bankinter S.A., condenando a la demandada a abonar a la actora 160.589,58 euros, así como los intereses legales devengados desde el 11 de octubre de 2007, cantidad que se incrementará en dos puntos a partir de la fecha de esta sentencia; todo ello con imposición de costas a la parte demandada.

3/ No imponer a ninguno de los litigantes las costas consiguientes a la apelación estimada;



Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

imponer a Bankinter S.A. las costas correspondientes a su desestimada impugnación de la sentencia.

Esta Sentencia no es firme y contra ella caben los recursos extraordinarios de casación y por infracción procesal, para ante el Tribunal Supremo, que deben interponerse en legal forma ante esta Audiencia en plazo de veinte días.

Una vez sea firme la presente resolución, con testimonio de la misma devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



Descargado de http://rdmf.wordpress.com/