

**AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCIÓN CUARTA
ALICANTE**

NIG: 03014-37-2-2016-0002048

Procedimiento: RECURSO DE APELACION (LECN) N° 000344/2016-

Dimana del Juicio Ordinario N° 002131/2014

Del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 7 DE ALICANTE

Apelante/s: BANCO DE SABADELL S.A.

Procurador/es:

Letrado/s:

Apelado/s:

Procurador/es : RICARDO MOLINA SANCHEZ-HERRUZO, RICARDO MOLINA SANCHEZ-HERRUZO
y RICARDO MOLINA SANCHEZ-HERRUZO

Letrado/s: MARIA DOLORES ARLANDIS ALMENAR, MARIA DOLORES ARLANDIS ALMENAR y
MARIA DOLORES ARLANDIS ALMENAR

=====

Ilmos. Sres.:

Presidente

D.Federico Rodríguez Mira

Magistrados

D. Manuel B. Flórez Menéndez

D^a. Paloma Sancho Mayo

=====

En ALICANTE, a quince de febrero de dos mil diecisiete

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante, compuesta
por los Ilmos. Sres. Magistrados antes citados y

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA N° 000043/2017

En el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada BANCO
DE SABADELL S.A., representada por la Procuradora
y asistida por la Lda. ,
, frente a la parte apelada D^a.

y D.
representada por el Procurador Sr. MOLINA SANCHEZ-HERRUZO, RICARDO y asistida por la Lda. Sra. ARLANDIS ALMENAR, MARIA DOLORES, contra la sentencia dictada por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 7 DE ALICANTE, habiendo sido Ponente el Ilmo Sr. D. FEDERICO RODRÍGUEZ MIRA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 7 DE ALICANTE, en los autos de juicio Juicio Ordinario - 002131/2014 se dictó en fecha 22-03-16 sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"Que estimando la demanda interpuesta por D^a [redacted], D^a [redacted] Y D. [redacted], representados por el Procurador Sr. Molina Sánchez-Herruzo bajo la dirección de la Letrada D^a. M^a Dolores Arlandis contra BANCO DE SABADELLS.A., representada por el Procurador Sr. [redacted] bajo la dirección de las Letradas D^a [redacted], debo declarar y declaro que BANCO GUIPUZCOANO S.A. y CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO, incurrieron en conducta negligente en el cumplimiento de las obligaciones que les venían impuestas de transparencia, buena fe, diligencia, lealtad e información en la contratación de los productos objeto de este procedimiento y, debo condenar y condeno a la demandada a indemnizar a D^a [redacted] en la cantidad de 913.789,44 euros y a D^a [redacted] y D. [redacted] en la cantidad de 215.289,64 euros, más intereses legales, con imposición de costas a la parte demandada."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada BANCO DE SABADELL S.A., habiéndose tramitado el mismo por escrito ante el Juzgado de instancia, en la forma prevista en la L.E.C. 1/2000, elevándose posteriormente los autos a este Tribunal, donde quedó formado el correspondiente rollo de apelación 000344/2016 señalándose para votación y fallo el día 14-02-17.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Promovida por los actores demanda de Juicio Ordinario contra el Banco Sabadell S.A. (entidad sucesora a título universal del Banco Guipuzcoano S.A. y de la CAM), en reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento de las obligaciones de buena fe, lealtad y reticencia en la ausencia de información sobre aspectos esenciales de los productos financieros contratados por aquellos en las referidas entidades, al no advertir sobre su verdadera naturaleza, riesgos y consecuencias, y por haber incurrido en un conflicto de intereses, cobrando comisiones implícitas no informadas, provocando de esta forma un quebranto económico en los demandantes; la sentencia de instancia estimó íntegramente dicha pretensión y condenó a la demandada a indemnizar a D^a. [redacted] en la suma de 913.789,44 €; y a D^a. [redacted] y a D. [redacted] en la cantidad de 215.289,64 €; más los intereses legales, así como al pago de las costas causadas en la instancia.

El Juez de instancia, como resultado de la prueba obrante en autos, concluyó que la información ofrecida al Sr. [redacted] (contratante de los productos financieros) fue manifiestamente negligente e incompleta; no teniendo el cliente el perfil de inversor experto y aconsejándole una serie de productos altísimamente complejos y de notable riesgo, sin acompañar los oportunos folletos informativos exigidos por la Comisión Nacional del Mercado de Valores; vulnerando con ello el artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores y el Real Decreto 629/1993 de 3 de Mayo, así como la Circular 3/2000 del Banco de España y la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, entre otras las de 20-01-2014 y 27-10-2015; deduciéndose de lo anterior la existencia de una relación de causalidad entre la deficiente información y las pérdidas sufridas por los actores, cuya cuantía había sido determinada a través del dictamen pericial del Sr. Gálvez y la Sra. García Pascual en términos acordes con las explicaciones dadas en la vista del juicio, máxime cuando la mayor proporción de éstas se correspondían con el cobro de comisiones implícitas sin advertir previamente a los interesados de tal circunstancia.

SEGUNDO.- La entidad demandada recurre el fallo de instancia, denunciando error en la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juez a quo, y vulneración de los artículos 7.1 y 1104 del Código Civil, negando que existiera relación de causalidad alguna entre la actuación del Banco y el daño alegado de adverso. En este sentido, la recurrente ha hecho hincapié en la conducta negligente del Sr. [redacted], que reconoció no haber leído ninguno de los contratos que se le presentaron, al confiar plenamente en los empleados del Banco, cuando debió hacerlo para comprender la naturaleza de

los diferentes productos financieros y el riesgo asumido; teniendo experiencia como empresario y diversificando la inversión en diferentes productos con dos entidades distintas. En todo caso, critica también la demandada el importe global del perjuicio acogido en demanda, máxime cuando el cliente sigue manteniendo determinadas acciones, pudiendo beneficiarse posteriormente del resultado positivo que obtenga por su venta.

TERCERO.- No pueden aceptarse los argumentos que expone la recurrente en orden a imputar al contratante la responsabilidad última del resultado adverso de los productos financieros suscritos, por el hecho de no haber leído los distintos contratos que se le ofrecieron. Conviene recordar que la captación de dinero que realizaron el Banco Guipuzcoano y la CAM de la importante suma obtenida por los demandantes con motivo de la venta de unos terrenos en 2007, vino acompañada de un servicio de asesoramiento financiero desplegado por el departamento de banca privada, que en modo alguno se ajustó al perfil minorista de los clientes, puesto que D^a y D^a eran personas mayores de 70 años y carecían de experiencia alguna en la contratación de productos financieros de alto riesgo; circunstancia esta última que también concurría en el hijo de D^a que intervino en su representación, D., cuya profesión de Arquitecto Técnico tampoco le habilitaba para comprender la naturaleza de la global y compleja inversión diseñada por el Banco Guipuzcoano y la CAM, que abarcaba la compra de Títulos Igueldo SICAV S.A., 21 contratos de Venta de Opciones sobre Acciones, Participaciones Preferentes y Bono Autocancelable BBVA. Los dictámenes periciales obrantes en autos han puesto de manifiesto que dicha inversión estaba constituida por instrumentos financieros de alto riesgo, que lógicamente no eran comprensibles para el cliente y que éste se limitaba a aceptar merced a la confianza que se le garantizaba por el departamento de banca privada, el cual asumía un auténtico servicio de asesoramiento financiero recomendando los productos que consideraba conveniente, pero en este caso con evidente falta de información sobre su naturaleza, riesgos y características, y sin tener en cuenta el perfil minorista del cliente. De ahí que resultara inoperante el reproche que hace la demandada al Sr., cuando es lógico que éste confiara en el servicio de asesoramiento que se le estaba prestando, y firmara en nombre de su madre los diversos contratos aconsejados por el Banco.

Las conclusiones reflejadas en el informe pericial elaborado al efecto por D^a. Nuria García Pascual y D. Miguel Gálvez Hernández son claramente justificativas de cuanto se acaba de exponer, al señalar que los productos ofertados al cliente no respondían a su perfil inversor; que el conocimiento

financiero que les asignaba el Banco Guipuzcoano no se correspondía con el real, puesto que se presuponía en base a unas contrataciones previas, entre Junio y Octubre de 2007, que fueron recomendadas por la propia entidad sin ofrecer la suficiente información; siendo posteriormente con la contratación de los Títulos Iguelo y los Contratos de Opciones, cuando se cataloga a la cliente con perfil “muy dinámico y experto”, sin haberle dado la información suficiente para comprender los riesgos de los productos previos; por lo que no podía entenderse que hubieran adquirido el conocimiento financiero necesario para tener los perfiles asignados. Igualmente se dictaminó que todos los productos que contenían subyacentes no informaban de su evolución previa y de que acumulaban descensos de su valor igual o similar a los escenarios de pérdida especificados en los contratos, tal y como se detalla en el cuadro; de forma que esta situación de pérdida en los subyacentes previa a la contratación, junto con el nivel de barreras o el importe de la remuneración fija de cada contrato, conllevaba que los productos suscritos tuvieran un valor de mercado inferior a su valor nominal, de forma que el cliente desembolsaba el 100% por productos que tenían un valor inferior, como sucedió con el Bono Autocancelable BBVA, cuyo valor es del 96,32%. Además de ello, las inversiones estaban diseñadas para otorgar una comisión inicial a la entidad bancaria, sin que el cliente fuera consciente de ello, repercutiendo negativamente en el resultado de su inversión. Sin esas comisiones, las pérdidas finales hubieran sido menores y los beneficios mayores para el cliente.

El informe pericial elaborado por el Catedrático de Economía Financiera de la UAM D. Prosper Lamothe Fernández se manifiesta en términos análogos a la hora de calificar la naturaleza extraordinariamente compleja y de alto riesgo de los productos financieros ofertados por el Banco Guipuzcoano, además del evidente conflicto de intereses que presentaba su intervención en la gestión de aquellos, sin ser consciente de ello el cliente, toda vez que dicha entidad operaba al mismo tiempo como estructurador, originador y agente de cálculo; y por tanto con la existencia de un incentivo mayor para actuar primando su propio interés; y así lo acredita el hecho de que sólo en comisiones implícitas los márgenes obtenidos por la entidad, y no comunicados al cliente, hayan alcanzado la suma de 727.922,50 € sobre un nominal global de 4.250.000 €; lo que representa un 17,12% de margen global; comisiones que son absolutamente desproporcionadas con las que aparecen en el tablón de anuncios del Banco de Sabadell, que absorbió a la hoy demandada.

Por tanto, es lógico que el Juzgador a quo haya admitido las conclusiones reflejadas en ambos informes frente a la tesis mantenida por la

demandada, apoyada en el dictamen elaborado por PKF ATTEST SERVICIOS EMPRESARIALES S.L., y ratificado en el acto de la vista por el Sr. [redacted], en el que a pesar de reconocer la existencia de pérdidas por los demandantes, se exoneraba de cualquier responsabilidad a la entidad demandada.

CUARTO.- En efecto, la postura invocada por la demandada choca abiertamente con la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo en materia relativa a la contratación de productos financieros de naturaleza compleja y alto riesgo, como los que se debaten en la presente litis. Las Sentencias de 10 y 13 de Julio, 20 de Enero de 2014 y 20 de Noviembre de 2015 son un buen ejemplo de ello. En el mismo sentido la Sentencia de 10 de Noviembre de 2015 señaló: “como quiera que los contratos litigiosos se firmaron antes de la entrada en vigor de la modificación de la Ley del Mercado de Valores que traspuso a nuestro Derecho interno la normativa MiFID, haremos referencia a la regulación anterior, que hemos dado en llamar pre-MiFID, partiendo de la base de que profesionalidad y confianza son los elementos imprescindibles de la relación de clientela en el mercado financiero, en este tipo de contratos es exigible un estricto deber de información, de manera tal que el cliente debe recibir de la entidad financiera una completa información sobre la naturaleza, objeto, coste y riesgos de la operación, de forma que le resulte comprensible, asegurándose de que el cliente entiende, sobre todo, los riesgos patrimoniales que puede llegar a asumir en el futuro.

3.- El art. 79 LMV, en su anterior redacción, ya establecía como una de las obligaciones de 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, la de asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...]”.

Por su parte, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo (LA LEY 1838/1993), establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 (LA LEY 1838/1993) regulaba

con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

"1. Las entidades 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 y servicios más apropiados a sus objetivos [...].

3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y 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 los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos".

.- Si bien la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular el actual artículo 79 bis.3 de la Ley del Mercado de Valores, acentúa la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, ya con la anterior regulación también era exigible dicha conducta activa, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad recurrente no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.

QUINTO.- En definitiva, puede concluirse que el notorio incumplimiento de las obligaciones exigibles a la demandada en el servicio de asesoramiento financiero prestado al cliente, ha sido el factor determinante de las cuantiosas pérdidas sufridas a través de la contratación de los numerosos productos de alto riesgo que no se ajustaban al perfil inversor de los interesados, tal y como ha quedado acreditado por los informes periciales arriba reseñados; y, por tanto, la Sala debe sancionar el criterio judicial de instancia estimando procedente condenar a la entidad demandada a resarcirles de los daños ocasionados por esa forma de proceder, cuya cuantificación ha sido debidamente acreditada a través del dictamen emitido por los Peritos D^a. Nuria García Pascual y D. Miguel Gálvez Hernández, sin aceptar la objeción que formula la recurrente en el sentido de reclamar una minoración de aquellos, por la circunstancia de no haber vendido los interesados las acciones del subyacente que se les entregaron en la fecha de vencimiento de los

contratos, al tratarse del ejercicio de un derecho que no se les podía imponer, y que en modo alguno desvirtuaba la realidad de unas pérdidas constatadas en el momento en el que se realizó la oportuna valoración mediante el dictamen pericial.

SEXTO.- En consecuencia con lo expuesto, procede rechazar el presente recurso y confirmar íntegramente la sentencia de instancia, imponiendo a la parte apelante las costas de esta alzada, según disponen los artículos 398.1 y 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. _____, en nombre y representación del Banco Sabadell S.A., contra la Sentencia de fecha 22-03-2016 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Alicante, en las actuaciones de las que dimana el presente rollo; debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, imponiendo a la parte apelante las costas de esta alzada.

Dese al depósito constituido para el presente recurso el destino legal.

Esta sentencia es susceptible de los recursos de casación Art. 477.2.2º y extraordinario por infracción procesal ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que deberán interponerse por medio de escrito presentado ante esta Sala en plazo de veinte días.

Notifíquese esta resolución a las partes conforme a lo establecido en los artículos 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 208.4 y 212.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, y, en su momento, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, interesando acuse de recibo, acompañado de certificación literal de la presente a los oportunos efectos, uniéndose otra al Rollo de apelación.

Así por esta nuestra sentencia, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

*** INFORMACIÓN SOBRE EL DEPÓSITO PARA RECURRIR**

De conformidad con la D.A. 15ª de la LOPJ, para que sea admitido a trámite el recurso de casación y/o recurso extraordinario por infracción procesal contra esta resolución deberá constituir un depósito de 50€ por cada recurso, que le será devuelto sólo en el caso de que el recurso sea estimado.

Audiencia Provincial de Alicante. Sección cuarta. Rollo 344/16

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el banco SANTANDER, en la cuenta correspondiente a este expediente **Entidad 0030, oficina 3029; cuenta expediente nº 0188-0000-12-0344-16**; indicando, en el campo “concepto” -según el caso- el código “06 Civil-Casación” o el código “04 Civil-Extraordinario por infracción procesal”; y la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA.

En el caso de realizar el ingreso mediante transferencia bancaria, tras completar el Código de Cuenta Corriente (CCC, 20 dígitos), se indicará en el campo “concepto” el número de cuenta el código y la fecha que en la forma expuesta en el párrafo anterior.

En ningún caso se admitirá una consignación por importe diferente al indicado. En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase.

Están exceptuados de la obligación de constituir el depósito quienes tengan reconocido el derecho a litigar gratuitamente, el Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales y organismos autónomos dependientes de los tres anteriores.