



AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA. SECCION CUARTA
DILIGENCIA DE NOTIFICACIÓN

CLASE DE PROCEDIMIENTO: GRANADA 8 ORDINARIO [REDACTED]

ROLLO N° [REDACTED]

DATOS REFERENTES A LAS PARTES:

DEMANDANTE: D° [REDACTED]

DEMANDADO: "BANKINTER S.A."

Por el Servicio Común de Notificaciones de esta Audiencia Provincial, se ha procedido a notificar al/os/as Procurador/es Sr/es/as.

- ✓ [REDACTED] (APELADA)
- ✓ [REDACTED] (APELANTE)

la resolución que a continuación se indica, con entrega de copia literal de la misma.

Conforme a la disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, se hace saber a la parte que, en su caso, al interponer (*en recurso reposición, excepto en reposición previa a queja, y en queja*) o preparar (*en casación o recurso extraordinario por infracción procesal*) el recurso deberá acreditar haber constituido el depósito necesario mediante la presentación de copia de resguardo u orden de ingreso en la cuenta de Depósitos y Consignaciones 1748 0000 añadir la clave que en su caso corresponda abajo referidas nº rollo (4 dígitos) y año del mismo (2 dígitos), especificando en el campo *concepto* del documento, que se trata de un recurso, seguido de su código o clave:

CLAVES:

- 00- Reposición ante Tribunal (25 €)
- 01- Revisión de resoluciones Secretario Judicial (25 €)
- 02- Apelación (50€)
- 03- Queja (30 €)
- 04- Extraordinario por Infracción Procesal (50 €)
- 05- Rescisión de sentencia firme a instancia de rebelde (50 €)
- 06- Casación (50 €)

Asimismo conforme al artº 8 de la Ley 10/2012 de 20 de Noviembre, acredítese la presentación del modelo de Autoliquidación de la Tasa Judicial preceptiva.

Salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en el apartado 5º de la Disposición adicional decimoquinta de dicha norma o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

CLASE DE RESOLUCIÓN: SENTENCIA

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA
SECCION CUARTA
ROLLO N° [REDACTED]
JUZGADO: GRANADA 8
ORDINARIO N° [REDACTED]
PONENTE SR RUIZ-RICO

S E N T E N C I A N° 15/14

ILTMOS. SEÑORES:

PRESIDENTE

D. ANTONIO GALLO ERENA

MAGISTRADOS

D. MOISÉS LAZÚEN ALCÓN

D. JUAN FCO. RUIZ-RICO RUIZ

En la Ciudad de Granada a diecisiete de enero de dos mil catorce. La Sección Cuarta de esta Iltma. Audiencia Provincial, ha visto, en grado de apelación los precedentes autos de Juicio Ordinario n° [REDACTED] seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número 8 de Granada, en virtud de demanda de D^a representada por el Procurador D. [REDACTED] [REDACTED] y asistido de la Letrada D^a M^a Dolores Arlandis Almenar, contra "BANKINTER

S.A.", representado por el Procurador
[REDACTED] y asistido del Letrado D.
[REDACTED]

Aceptando como relación los "Antecedentes de Hecho" de la sentencia apelada, y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La referida sentencia, fechada en 2 de julio pasado, contiene, literalmente, el siguiente fallo: "Que estimando parcialmente la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. [REDACTED], en nombre y representación de DÑA. [REDACTED], contra **BANKINTER S.A.**,: 1.- Debo acordar y acuerdo la resolución de la relación contractual habida entre las partes con fecha 1 de marzo de 2005 para la adquisición de participaciones preferentes ABN AMOR. 2.- Debo condenar y condeno a **BANKINTER S.A** a reintegrar a la parte actora la suma de **CINCUENTA MIL SETECIENTOS CUARENTA Y NUEVE EUROS CON ONCE CÉNTIMOS (50.749,11.-€)**, importe del capital aportado, más los intereses legales devengados desde la fecha de la orden de suscripción por canje de las participaciones preferentes, debiéndose deducir de estos importes las cantidades percibidas por la actora en concepto de intereses abonados por la demandada, más los intereses legales devengados por las

correspondientes sumas de estos intereses desde su percepción. En cuanto a las costas del procedimiento, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad."

SEGUNDO.- Sustanciado y seguido el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, se dio traslado a las demás partes para su oposición o impugnación; elevándose posteriormente las actuaciones a éste Tribunal señalándose día y hora para Votación y Fallo.

TERCERO.- Han sido observadas las prescripciones legales de trámite. Siendo Ponente el Magistrado Iltmo. Sr. D. Juan Fco. Ruiz-Rico Ruiz.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La pretensión que se deduce en el presente procedimiento tiene su origen en la adquisición el día 23 de octubre de 2.004 de participaciones preferentes emitidas por Bankinter Emisiones, las que cuatro meses después fueron vendidas y canjeadas por otras participaciones preferentes emitidas por ABN AMRO por un importe de 50.749,11 € en fecha 1 de marzo de 2.005, que son objeto de la acción resolutoria ejercitada. Con carácter previo hemos de señalar que tanto la primera como la segunda adquisición

tuvo lugar a instancias de la entidad demandada y de su departamento de Banca Privada, quien ofreció las citadas participaciones como un producto bueno y rentable para su cliente, asumiendo los deberes de asesoramiento que legalmente le correspondían. Por tal razón no llegamos a entender la postura contradictoria de Bankinter S.A. que, por una parte, afirma que su intervención lo fue en base a un contrato de mandato para la adquisición de las participaciones, y posterior depósito y custodia de los valores, sin asumir función alguna de asesoramiento, y a la vez reconoce en el propio recurso que "Bankinter ha cumplido escrupulosamente con dicha obligación, proporcionando al cliente demandante de forma previa a la contratación del producto información veraz y suficiente para que pudiera adoptar con conocimiento de causa su decisión de inversión..."

La reciente y trascendental sentencia del Pleno de la Sala del Tribunal Supremo de 18-4-2.013 ha establecido que el suministro de una deficiente información por parte de la empresa que presta servicios de inversión al cliente puede suponer una negligencia determinante de la indemnización de los daños y perjuicios causados, señalando esta Sala en su también y muy reciente sentencia de 4-10-2.013, para un caso similar al presente en que la entidad demandada también era Bankinter S.A., que no había duda de la función de

asesoramiento y recomendaciones previas que dio lugar a la correspondiente orden de compra y posterior depósito y administración de los valores, añadiendo que "esta actividad asesora se halla comprendida dentro de los servicios de inversión que contempla el artº 63 de la LMV, entre ellos la recepción y transmisión de órdenes por cuenta de terceros, y como actividades complementarias, el depósito y administración de los instrumentos representados mediante anotaciones en cuenta y "el asesoramiento sobre inversión en uno o varios instrumentos de los previstos en el nº 4 de este artículo".

SEGUNDO.- La normativa aplicable acerca de la obligación de informar a los clientes que compete a las entidades de crédito y demás empresas de servicios de inversión viene recogida en las siguientes disposiciones:

En primer lugar, en el Art. 79 de la LMV que las obliga a comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerles adecuadamente informados.

En segundo lugar, el RD 629/1993 de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores, establece en sus Art. 4 y 5 de su anexo:

Artículo 4. Información sobre la clientela

1. Las entidades solicitarán 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.

Artículo 5. Información a los 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.

2. Las entidades deberán disponer de los sistemas de información necesarios y actualizados con la periodicidad adecuada para proveerse de toda la información relevante al objeto de proporcionarla a sus clientes.

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.

En tercer lugar, la OM de 25 de octubre de

1995 dispone en su Art. 9 que "las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. Dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para los mismos".

También son de aplicación las Directivas 1993/22/CE y 2004/39/CEE, aunque al tiempo de la contratación no se haya producido aún la transposición al derecho del Estado. Así le reconoce eficacia interpretativa de la normativa vigente la aludida STS de 18-4-2013:

"Dicha previsión normativa desarrolla la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de valores negociables, cuyos arts. 10 a 12 exigen un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las empresas de servicios de inversión respecto de sus clientes. Las normas de Derecho interno han de ser interpretadas a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, como establece la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea... Por otra parte, la progresión en la protección del inversor que supone la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), ha de ser tomada también en consideración en la interpretación de las obligaciones de la empresa que prestaba los servicios de inversión aunque

cuando las partes concertaron el contrato no hubiera transcurrido el plazo de transposición pues el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado expresamente que la obligación de interpretación del Derecho interno a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva vincula a los jueces con independencia de que haya transcurrido o no el plazo para la transposición (Sentencia de 8 de octubre de 1987, caso "Kolpinghuis Nijmegen", asunto 80/86). En tal sentido, esta Sala ha utilizado Directivas cuyo plazo de transposición no había finalizado, y que no habían sido efectivamente transpuestas a nuestro Derecho interno, como criterios de interpretación del mismo. Así ocurrió en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1996".

Por último, y como resumen, la referida STS de 18-4-2013 señala que "el régimen jurídico resultante de la Ley del mercado de Valores y de la normativa reglamentaria que la desarrolla, interpretadas a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva 1993/22/CEE de la que son desarrollo, impone a las empresas que actúan en el mercado de valores, y en concreto a las que prestan servicios de gestión discrecional de carteras de inversión, la obligación de recabar información a sus clientes sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión, y la de suministrar con la debida

diligencia a los clientes cuyas carteras de inversión gestionan una información clara y transparente, completa, concreta y de fácil comprensión para los mismos, que evite 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. Deben observar criterios de conducta basados en la imparcialidad, la buena fe, la diligencia, el orden, la prudencia y, en definitiva, cuidar de los intereses de los clientes como si fuesen propios, dedicando a cada cliente el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos, respondiendo de este modo a la confianza que el inversor deposita en el profesional en un campo tan complejo como es el de la inversión en valores mobiliarios".

TERCERO.- Expuesto lo anterior, procede analizar las distintas cuestiones planteadas a la luz de las pruebas practicadas en las actuaciones, sin que podamos dar acogida al alegado error en la apreciación de la prueba, toda vez que el Juzgador de Instancia ha valorado adecuada y razonablemente los medios de prueba que se le han aportado, obteniendo de ellos las conclusiones que resultan pertinentes.

No hay duda de que las participaciones preferentes son títulos complejos y de alto riesgo que solo pueden ser ofertados a inversores avezados, dadas sus características de rentabilidad condicionada, perpetuidad, dificultad en la liquidación de los títulos en un mercado secundario no nacional, dificultad de seguimiento del valor que ostente en el mismo, inversión no garantizada y opción-call de recompra por el emisor. Todo esto hacía exigible una superior información y transparencia para evitar al cliente confusión en lo realmente adquirido.

Acerca del perfil conservador o moderado de la demandante tampoco albergamos duda alguna. Se trata de una persona cercana a la edad de 70 años al tiempo de la contratación, farmacéutica jubilada y sin conocimientos especializados en finanzas, a quien el ofrecimiento de un producto de estas características resultaba a todas luces inapropiado, máxime cuando la intención manifestada de aquella era obtener una rentabilidad que completara la pensión, pero sin que en ningún caso quede constancia de que estaba dispuesta a aceptar un producto de alto riesgo y de escasa liquidez para conseguirlo.

La circunstancia de haber sido titular de acciones en empresas multinacionales (Banco de Santander, Telefónica, etc.) no modifica su condición de inversor de bajo perfil. Así lo tiene dicho la citada STS de 18-4-2.013 al

mantener que el hecho de que "hubieran realizado algunas inversiones tampoco es suficiente para considerar a los demandantes como clientes expertos".

Tampoco puede tenerse en cuenta la adquisición anterior de preferentes, de Bankinter, lo que tuvo lugar tan solo cuatro meses antes y la compra de las participaciones preferentes de ABN AMRO obedeció a un canje o sustitución de las primeras, debido a su mayor rentabilidad, pero en realidad la inversión efectuada por el mismo capital no deja de ser la misma. En cualquier caso, no consta que fuera informada de las características, naturaleza y riesgos del producto cuando formalizó la primera adquisición. Por otra parte, también se ha venido haciendo referencia al carácter de experto en finanzas del marido de la actora, lo que no se ha acreditado, ni su intervención ni asesoramiento en la operación de que se trata, sin que esta circunstancia sea relevante, pues como afirma la repetida STS de 18-4-2.013 "no eximen a la empresa que opera en el mercado de valores de la obligación de facilitar una información completa, clara y precisa sobre este extremo".

CUARTO.- A continuación hemos de analizar si a la actora se facilitó la información precisa acerca del producto que se le recomendaba. La respuesta ha de ser negativa. No se le

proporcionó antes de la suscripción de la orden de compra ni con posterioridad a la misma la información que era exigible acerca de los riesgos del producto.

Con carácter previo hemos de decir que la carga de prueba de que se ilustró debidamente a la actora corresponde a la entidad crediticia (Sentencia de esta Sala de 7-9-2.012 y 10-5-2.013).

En el supuesto enjuiciado solo consta en la orden compra que el objeto de la misma era la adquisición de las participaciones preferentes, pero sin que aparezca información alguna sobre su naturaleza y riesgos, no siendo suficiente la formula empleada de que el cliente "comprende tanto las condiciones general como las específicas correspondientes a cada producto o servicio". Además, en los documentos aportados se hacen constar datos que pueden inducir a confusión sobre el verdadero tipo de producto adquirido, tales como la fecha de vencimiento que al inicio refleja 07-08, para más adelante ser modificado por 7-50 y finalmente se hace constar su condición de "perpetua". También en el extracto de inversiones remitidas se indica de "renta fija", cuando la propia responsable de Banca Privada, Sra. [REDACTED], manifestó que las preferentes no son renta fija sino condicionada a los beneficios obtenidos por el emisor. Ni siquiera fue entregado el folleto de la emisión a pesar de tenerlo a su disposición el Banco.

Durante el desarrollo de la administración y depósito de los valores tampoco se informó de la evolución de los mercados ni del grado de solvencia del emisor, más aún cuando había sido sustituido por el Royal Bank of Scotlan a quien se habían asignado las participaciones preferentes. La entidad apelante tenía la obligación de informar sobre tales hechos, pues el artº 5 del anexo del R.D. 629/1.993 señala que "las entidades deberán informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recalcando de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesario al interés del cliente". La STS de 18-4-2.013 sostiene que la remisión de informaciones periódicas sobre la evolución de la inversión "tampoco supone el estándar de la información exigible".

Una vez acreditado el incumplimiento de sus obligaciones por parte de la recurrente, no hay duda de la concurrencia del daño y del nexo de causalidad entre uno y otro. El primero a la vista de la suspensión del pago de los cupones y de la pérdida de valor de la inversión. Acerca de la relación de causalidad ha dicho la sentencia de esta Sala que venimos citando de 4-10-2.013 que "no significa hacer responsable a la entidad prestadora de los servicios de inversión de la posterior insolvencia del emisor, sino que la deficiente información proporcionada le ha ocasionado un daño al inversor que, de haber

sabido las características y riesgo del producto, no lo hubiera adquirido. De tal modo es así que, si se hubiera dado cumplimiento a esta obligación debidamente, ningún perjuicio le podía haber sido reclamado al Banco por la sobrevenida pérdida de inversión". La STS de 18-4-2.013 también da respuesta a este extremo: "el incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye "el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes".

QUINTO.- Las consecuencias de la resolución contractual vienen previstas en el artº 1.295 del Código Civil que obliga a las partes a devolver las cosas que fueron objeto de contrato con sus frutos y del precio con sus intereses. La condena que efectúa la sentencia a la devolución del importe del capital invertido conlleva correlativamente la entrega a la entidad bancaria de las participaciones preferentes, mediante la retrocesión de su anotación en cuenta a fin de evitar un enriquecimiento injusto en el cobro de los cupones que en el futuro puedan abonarse. Esta es una consecuencia natural de la resolución, a la que en modo alguno se opone la

parte apelada, pero no es suficiente para fundar en ella un motivo de recurso, cuando bien pudo subsanarse a través de la solicitud de aclaración o complemento de la sentencia, aclaración o complemento que tenemos por efectuada en este acto.

Vistos los artículos citados y demás preceptos de pertinente y general aplicación,

F A L L A M O S

Esta Sala ha decidido confirmar la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Número 8 de esta ciudad, con la aclaración realizada en el fundamento jurídico 5º de la presente resolución, todo ello con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante y dando al depósito para recurrir el destino que legalmente corresponda.

Contra la presente resolución cabe recurso de casación, si hubiere interés casacional, y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, que deberá interponerse ante este Tribunal dentro del plazo de veinte días contados desde el siguiente a su notificación.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ilmo. Sr. D. Juan Fco. Ruiz-Rico Ruiz, Ponente que ha sido de la misma, doy fe.

