



Roj: **SAP Z 1018/2015 - ECLI:ES:APZ:2015:1018**

Id Cendoj: **50297370052015100112**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **5**

Fecha: **06/05/2015**

Nº de Recurso: **148/2015**

Nº de Resolución: **190/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO ANTONIO PEREZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Zaragoza, núm. 15, 15-01-2015,
SAP Z 1018/2015**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00190/2015

SENTENCIA núm. 190/2015

Ilmos. Señores:

Presidente :

D. PEDRO ANTONIO PEREZ GARCIA

Magistrados:

D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER

D. ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO

En ZARAGOZA, a seis de mayo de dos mil quince

En nombre de S.M. el Rey,

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 005, de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 217/2014, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 15 de ZARAGOZA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 148/2015, en los que aparece como parte **apelantes**, Marisol, Hernan, y Tomasa, representados por el Procurador de los tribunales, Sra. LAURA ASCENSIÓN SÁNCHEZ TENÍAS, asistido por el Letrado D. ANTONIO VARGAS VILARDOSA, y como parte **apelada**, LIBERBANK, S.A., representado por el Procurador de los tribunales, Sra. BLANCA MARIA ANDRES ALAMAN, asistido por el Letrado D. JUAN JOSE CALDERON LABAO, siendo el Magistrado Ponente - el Ilmo. Sr. D. PEDRO ANTONIO PEREZ GARCIA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la **resolución** apelada de fecha, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: ".Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por Marisol contra LIBERBANK, S.A., sin imposición de costas procesales causadas."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes por la representación procesal de la parte demandante se interpuso contra la misma recurso de apelación, y dándose traslado a la parte contraria se opuso al recurso, remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia, previo emplazamiento de las partes.



TERCERO.- Recibidos los Autos y CD, y personadas las partes, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado, y se señaló para deliberación, votación y fallo el día 27 de abril de 2015.

CUARTO.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SE aceptan LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO de la Sentencia apelada, y

PRIMERO.- No se puede acoger el defecto procesal que se señala en la exposición previa del escrito de oposición al recurso, consistente en argumentar que aquel no puede tenerse por interpuesto al no haberse dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento, consistente en no haberse indicado las normas que se consideren infringidas en la Sentencia apelada, que han determinado indefensión en la parte, sobre cuya cuestión existe ya abundante Jurisprudencia, en la que se afirma, primero, que una cierta deficiencia formal no puede impedir que se tenga por formulado el trámite correspondiente, en este caso por presentado el recurso, prevaleciendo el principio "pro actione", debiendo producir los efectos pertinentes para que el acto procesal produzca el efecto debido, y segundo, porque, aun cuando de otra forma se entendiera, en el caso no ha existido indefensión alguna para la parte que la alega, puesto que de aquel escrito se deduce sin duda alguna el motivo de interponerse el recurso, éste es, la razón posible del desacuerdo jurídico con el contenido de la Sentencia, como es que no se prestó la suficiente información sobre el contenido y efectos del producto que se adquirió, y por tanto debe declararse la nulidad del contrato por ausencia de consentimiento, conforme a las normas del Código Civil, lo que ha de sobreentenderse sin necesidad de indicación de precepto alguno.

SEGUNDO.- Sobre esta materia de posible nulidad del consentimiento en la adquisición de productos bancarios, de diferente condición, y por consiguiente del correspondiente contrato, por atribuirse al vendedor defectuosa o falta de información sobre su naturaleza y riesgos implícitos, se han dictado, en los últimos años, por este Tribunal y por los restantes del país muchísimas Sentencias, también de variado contenido, según las circunstancias del caso. Entre las más recientes, ha de ser permitido -por enjuiciarse un caso de innegable similitud con el presente- la cita de la Sentencia dictada conociendo de los recursos de apelación 84, 93 y 139/015, de fechas, en cuyo principio se dice lo siguiente, que es de aplicación al supuesto que ahora se examina: "PRIMERO.- El deber de información contractual había sido reconocido por la Doctrina y la Jurisprudencia a mediados del siglo pasado al amparo de ciertos artículos del Código Civil, como el artículo 1097 -obligación de entregar los accesorios de la cosa-, artículo 1258 -actuación de buena fe en los contratos- y el dolo -artículo 1266 -obligación de manifestar ciertas circunstancias, de modo particular referentes a la cosa vendida, siendo conocidas. Fueron dos Sentencias del Tribunal Supremo, del mismo ponente, cuando en el año 1977 pudieron de relieve la importancia de la obligación de informar en los contratos poniendo de tal forma en conocimiento de la otra parte hechos que fueran de trascendencia. Pero fue la Ley General de Defensa de los **Consumidores** y Usuarios cuando por primera vez se estableció esa obligación informativa como un derecho del **consumidor**, aun cuando limitada al mismo, constituyéndola con entidad propia y no como un derecho accesorio, con dos importantes consecuencias: A) Que existe una obligación de informar al **consumidor** haciéndolo de forma tal que sea a éste fácilmente comprensible; y B) Que, existiendo ese deber de informar, también en la ejecución del contrato, quien debe deba cumplirla deberá a su vez informarse para poder informar, con la consecuencia de que no pueda alegar ignorancia de los hechos que debe necesariamente comunicar. Esta obligación informativa, que, a consecuencia de la promulgación de aquella Ley, se extendió a otras muchas materias, incluso a contratos celebrados con no **consumidores**, ha adquirido extraordinaria importancia en los contratos bancarios respecto de sus adquirentes -por ejemplo, artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores -, al tener por objeto, por lo general, productos de gran complejidad y de no fácil comprensión, y que además pueden causar pérdidas muy relevantes en el patrimonio, por lo que diversas Leyes de reciente promulgación exigen a quien comercializa uno de estos productos el deber de comunicar su naturaleza y características, advirtiendo sobre sus posibles riesgos, incluso dando especial trascendencia a la obligación de consejo o asesoramiento, éste es, incluyendo una orientación personal y responsable sobre la decisión más conveniente, y, todavía más, imponiendo la carga de la prueba de haber prestado esta información en la medida adecuada a quien tiene que prestarla, de modo que pueda ser sencillamente comprendida por su receptor. Poco se ha de añadir a lo ya dicho sobre el contenido y finalidad de esta obligación informativa en materia de productos bancarios de cierta complejidad, pues es objeto de amplia exposición en cualquier Sentencia que se haya dictado recientemente sobre la materia, lo que alargaría innecesariamente el presente razonamiento sin utilidad alguna. Sea suficiente, en su constatación, con exponer la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014, cuando señala que " *La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto*



en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto ". A lo que añade que " Para entender bien el alcance de la normativa específica, denominada MiFID por ser las siglas del nombre en inglés de la Directiva 2004/39,CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros (Markets in Financial Instruments Directive), de la que se desprenden específicos deberes de información por parte de la entidad financiera, debemos partir de la consideración de que estos deberes responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CCy en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law-PECL- cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica "Good faith and Fair dealing" ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: "Each party must act in accordance with good faith and fair dealing" ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar ".

Se trata, en definitiva, en éste como en los demás casos semejantes que se refieren a estas adquisiciones, de averiguar, conforme a la prueba que haya sido practicada en el juicio, si el comprador del producto bancario -de diferentes naturaleza, complejidad y riesgos inherentes- le fueron debidamente explicados, y sobre todo en el punto referente a su peligrosidad - pérdida del capital, pago de intereses exorbitados, primas elevadas por cancelación, etc.-, asumiéndose los mismos por devengar en el momento de su adquisición unos réditos superiores, o muy superiores, a los de otros semejantes, o si por el contrario si esa compra fue inducida por la entidad vendedora, en su beneficio propio para obtener una mayor ganancia, ocultando los riesgos, o, por mejor decir, no dando cuenta que podían producirse en el devenir posible de ciertas circunstancias que podían acontecer, con una información que debe ser comprensible por la persona singular que realiza la compra, adaptándose a sus circunstancias, que debían ser objeto de examen en cada caso, fuera o no de aplicación la directiva comunitaria que obligó a realizar determinadas pruebas o exámenes previos, pues a la vendedora corresponde asegurarse en cualquier caso de que la venta había sido correctamente entendida, y, más aún, a ella corresponde la prueba de haberlo realizado de tal forma.

TERCERO.- En el presente caso, se trata de la compra de participaciones preferentes, respecto de cuyo contrato se interesa la declaración de nulidad por falta de la necesaria información precontractual. Las participaciones preferentes son instrumentos complejos y de riesgo elevado, que pueden generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido. Presentan similitudes y diferencias tanto con la renta fija como con la renta variable. Por su estructura son similares a la deuda subordinada, pero a efectos contables se consideran valores representativos del capital social del emisor, que otorgan a sus titulares unos derechos diferentes de los de las acciones ordinarias, ya que carecen de derechos políticos y de derecho de suscripción preferente. Otra vez en el caso, las partes discuten -como es habitual- sobre el contenido de la información proporcionada, suficiente a juicio de la entidad demandada, indebida para formar un conocimiento comprensible sobre sus efectos en opinión de la actora, enfrentándose de tal modo las declaraciones vertidas en el pleito por la empleada de la entidad vendedora con las propias de la instante de la nulidad. Cierto es que no se realizaron las pruebas previas al objeto de determinar el nivel de conocimientos de la adquirente, o si deseosa de obtener rápidas ganancias -con el consiguiente riesgo- o de ánimo más reposado, pero también es cierto que dichas pruebas son indiferentes, pues lo importante es que se demuestre que la información existió y en la medida suficiente para conformar un consentimiento suficientemente informado conforme al artículo 1261 y demás concordantes del Código Civil , y en el supuesto la propia actora -Folio 20 de las actuaciones- reconoce que eran clientes de la oficina bancaria desde el año 1968, y por tanto sus inclinaciones sobre percepción de renta debían ser suficientemente conocidas, sin necesidad de la práctica de evaluación previa alguna. En el acto de la audiencia previa se aportaron por la demandada determinados folios conteniendo algunas recomendaciones comerciales a cumplir por el oferente del producto, como, por ejemplo, que se dirigieran a personas de propósito arriesgado, que se explicara que el producto presentaba posibilidades de pérdidas, que se contestará con claridad a las preguntas que pudieran formularse sobre estos riesgos,, que se recomendara diversificar la inversión no debiendo adquirirse participaciones que supusieran cierto límite -por cierto, muy pequeño- de capital, y así se refiere en el párrafo C) del FJ tercero de la Sentencia del Juzgado, y no existe motivo debidamente justificado en las actuaciones -como pudiera ser la percepción por la vendedora de alguna comisión en el negocio- que justificaran la infracción de estas recomendaciones y el desvío concreto en su indicación. En el contrato suscrito, por lo demás, existen varios apartados en los que se contienen información sobre el riesgo implícito en la compra, y si bien no resultan debidamente destacado por el tamaño o por el



color de su letra, sí son suficientes expresivos por su número para llamar la atención sobre los peligros que podía representar la adquisición. La actora reconoce en su interrogatorio que la compra suponía la percepción de unos intereses "un poco más altos" –lo que no es cierto, porque eran bastante más elevados que los de otros plazos–, pero no tuvo al parecer preocupación alguna en que le explicara la razón de esta más alta remuneración, superior netamente que las restantes. Pero la argumentación más poderosa que apoya la tesis de que le fueron suficientemente señalados los riesgos que suponía la operación consiste en poner de relieve como invirtió precisamente la cantidad que era indicada en las recomendaciones comerciales de anterior referencia, diversificando el capital que había conseguido con la venta de la licencia del taxi en el modo que se indicaba, adquiriendo así una pequeña cantidad de participaciones preferentes de superior riesgo, invirtiendo la restante suma en otros artículos de menor rendimiento pero más seguros, asegurándose de tal manera la percepción siempre de cierto beneficio.

CUARTO. - No se pueden desconocer, ciertamente, los argumentos que se contienen sobre el alcance de la obligación analizada, en relación a las circunstancias del caso, en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, número 769/2014, de 12 de enero de 2015, Recurso 2290/2012, cuando, entre otras consideraciones, señala por ejemplo que: "En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en la citada sentencia num. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y reiterado en sentencias posteriores. ... *En primer lugar, no es correcto que la prueba tomada en consideración con carácter principal para considerar probado que Banco Santander cumplió su obligación de información sea la testifical de sus propios empleados, obligados a facilitar tal información y, por tanto, responsables de la omisión en caso de no haberla facilitado... Respecto de las informaciones sobre riesgos contenidas en la documentación contractual, no solo se contienen principalmente en documentos contractuales accesorios o complementarios, alguno de los cuales no aparece siquiera firmado por la Sra. Genoveva (y esta niega haberlo recibido), mediante menciones insertas dentro de la extensa reglamentación contractual...*", que son de aplicar en lo menester al supuesto que se enjuicia, aun cuando el que es objeto de resolución en aquella no coincida exactamente con el presente, pues la venta en aquel primero se había anunciado con una finalidad determinada, que luego se acreditó que no se cumplía con la adquisición del producto vendido. Pero tampoco es de olvidar lo que se expresa en el párrafo C) del FJ tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 17 de febrero de 2006, Recurso 708/1999, que se cita por la recurrida en su escrito de contestación a la demanda, que puede resultar de aplicación en cierto modo a lo ocurrido en la adquisición actual, cuando señala que: " B) La operación se presentaba muy ventajosa para quienes firmaban la póliza de crédito y la carta de asunción de los compromisos ya referidos, pues su fin último era conseguir un lucro legítimo al cabo del tiempo sin tener que hacer desembolso material alguno. Que este fin no llegar a lograrse es algo que no puede teñir retroactivamente de ilicitud a la causa lucrativa de la operación ni hacerla desaparecer por frustración de la finalidad última perseguida, ya que no cabe confundir la causa del contrato como elemento esencial para su validez con el buen fin de la operación o consecución del lucro inicialmente proyectado, y menos todavía cuando éste dependía necesariamente de las fluctuaciones inherentes a los valores negociables en bolsa, siendo inimaginable que los demandados hubieran solicitado la nulidad de los respectivos contratos si la cotización de las acciones compradas hubiera evolucionado favorablemente permitiéndoles cancelar el crédito en la forma inicialmente proyectada (sentencias de 28 de mayo de 2001 y 2 de noviembre de 2001)....".

QUINTO.- Estimándose ajustada a Derecho la no imposición en costas que se contiene en la Sentencia del Juzgado, pues, efectivamente, la resolución del caso, como en muchos de los similares, puede prestarse a cierta duda en la determinación del alcance de la prueba, conforme a lo dispuesto en el artículo 394, 1 de la Ley de Enjuiciamiento, las costas de la apelación empero, al ratificarse los fundamentos que se exponen en aquella resolución, se impondrán a la apelante, por indicación del artículo 398 posterior.

VISTOS los artículos citados y demás de procedente y general aplicación.

FALLAMOS

QUE, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Sánchez Tenías, en la representación que tiene acreditada, contra la Sentencia dictada el pasado día quince de enero de dos mil quince por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número QUINCE de ZARAGOZA, cuya parte dispositiva ya ha sido transcrita, la confirmamos íntegramente, imponiendo a la recurrente las costas de esta alzada.



Dese al depósito el destino legal.

Contra la presente resolución cabe recurso de casación por interés casacional, y por infracción procesal, si es interpuesto conjuntamente con aquél ante esta Sala en plazo de veinte días, del que conocerá el Tribunal competente, debiendo el recurrente al presentar el escrito de interposición acreditar haber efectuado un depósito de 50 euros para cada recurso en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección (nº 4887) en la Sucursal 8005 de Banesto, en la calle Torrenueva, 3 de esta ciudad, debiendo indicar en el recuadro Concepto en que se realiza: 04 Civil-Extraordinario por infracción procesal y 06 Civil- Casación, y sin cuya constitución no serán admitidos a trámite.

Remítase las actuaciones al Juzgado de Procedencia, juntamente con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento, debiendo acusar recibo.

Así, por este nuestro Auto del que se unirá testimonio al Rollo, lo acordamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ