



Roj: **SAP PO 1236/2015 - ECLI:ES:APPO:2015:1236**

Id Cendoj: **36057370062015100296**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vigo**

Sección: **6**

Fecha: **26/06/2015**

Nº de Recurso: **363/2014**

Nº de Resolución: **303/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN MANUEL ALFAYA OCAMPO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00303/2015

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6 de PONTEVEDRA

N01250

C/LALÍN, NÚM. 4 - PRIMERA PLANTA - VIGO

Tfno.: 986817388-986817389 Fax: 986817387

N.I.G. 36057 42 1 2013 0010187

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000363 /2014

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 14 de VIGO

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000559 /2013

Recurrente: NCG BANCO, S.A.

Procurador: JOSE MANUEL GONZALEZ-PUELLES CASAL

Abogado: ADRIAN DUPUY LOPEZ

Recurrido: Hernan , Rosalia

Procurador: OLGA MARTINEZ VILLANUEVA

Abogado: ANTONINO GARCIA FERNANDEZ

A Sección Sexta da Audiencia Provincial de Pontevedra con sede en Vigo, composta polos maxistrados D. Jaime Carrera Ibarzábal, D. Juan Manuel Alfaya Ocampo e D. Eugenio Francisco Míguez Tabarés, pronunciou

NO NOME DO REI

a seguinte

S E N T E N Z A N° 303/15

Vigo, vinte e seis de xuño de dous mil quince.

VISTOS en grao de apelación, ante a Sección Sexta da Audiencia Provincial de Pontevedra, os autos do xuízo Ordinario 559/13 procedentes do Xulgado de 1ª Instancia Núm. 14 de Vigo ós que correspondeu o rolo 363/14, nos que aparece como parte **apelante e demandado NOVAGALICIA BANCO S.A., representada polo/ a procurador/a D./D.ª JOSE M. GONZÁLEZ-PUELLES CASAL e asistida do/da letrado/a D./D.ª ADRIAN DUPUY LÓPEZ**, e como **parte contra da que se apela e demandante D. Hernan E D.ª Rosalia , representada polo/**



a procurador/a D./D.^a OLGA MARTÍNEZ VILLANUEVA e asistida do/da letrado/a D./D.^a ANTONIO GARCÍA FERNÁNDEZ .

É o maxistrado **relator** D. Juan Manuel Alfaya Ocampo, quen expresa o parecer da Sala.

I. ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro: O Xulgado de 1.^a Instancia Núm. 14 de Vigo, con data do 31 de marzo de 2014, ditou unha sentenza coa seguinte parte dispositiva:

"Estimar substancialmente la demanda presentada por don Hernan y doña Rosalia frente a NCG Banco S.A., declarando la nulidad del contrato de adquisición de participaciones preferentes de fecha 10 de febrero de 2005 (número de operación NUM000 , Pref. Caixanova Emisiones SA), condenando a la demandada a la devolución a la actora de la cantidad que se determine en ejecución de sentencia conforme a lo razonado en el fundamento noveno de la presente resolución, y al pago de las costas procesales.

Se aplicarán los intereses previstos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ."

Segundo: Contra a dita sentenza o/a procurador/a D./D.^a JOSE MANUEL GONZÁLEZ-PUELLES CASAL, en representación de NOVAGALICIA BANCO S.A., presentou un recurso de apelación, que foi admitido en ámbolos efectos, consonte o disposto no artigo 455 da Lei de axuizamento civil (LAC).

Logo de cumpri-los trámites legais, eleváronse as presentes actuacións á Audiencia Provincial de Pontevedra e correspondéronlle por quenda de reparto a esta Sección Sexta con sede en Vigo. Sinálase para a deliberación do presente recurso o día 25 de xuño de 2015.

II. FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro : A sentenza ditada en primeira instancia decreta a nulidade do contrato de adquisición de participacións preferentes celebrado o día 10 de febreiro de 2005, ao apreciar un erro de consentimento nos cónxuxes demandantes, por non ser debidamente informados polo Banco demandado sobre as características dese produto e os riscos da operación. E recorre a sentenza a entidade bancaria, negando esa carencia de información proclamada pola resolución recurrida.

Segundo : Prantexados nestes termos o debate, que é realmente de índole exclusivamente probatorio, cómpre deixar sentado que a proba da información corresponde á entidade bancaria. En efecto, e como xa indicábamos na sentenza de 29 de xaneiro de 2015, a carga da proba da información recae sobre o Banco demandado, non só por aplicación dos postulados de facilidade e dispoñibilidade probatorias, senón tamén pola natureza positiva do feito a acreditar. En efecto, e como reseña a doutrina xurisprudencial, o Banco dispón habitualmente de máis recursos humanos e materiais, e lle resultan, en fin, máis asequibles os diversos instrumentos de proba, como a testemuñal dos seus empregados que interviron na operación financeira, as comunicacións co cliente, ora feitas por escrito ora con outros soportes, ous os folletos informativos, senón tamén porque estamos ante un feito positivo, de tal xeito que convertírase en proba diabólica o demostrar a ausencia de información - e de negociación- (sentenzas do T.S. de 14 de novembro de 2005 e 15 de febreiro de 2012). E, igualmente, e por outra banda, a norma así o decidiu. Así se colixe do artigo 3.2 da Directiva 13/93/UE, de 5 de abril, ao dispor que a entidade bancaria debe xustificar que informou puntual e íntegramente ao prestameiro.... E en semellante sentido, aínda que dende diferente vertente, o artigo 82. 2 do TRLXDCU de 16 de novembro de 2007 establece que o empresario que afirme que unha determinada cláusula negociouse individualmente, asumirá a carga da prueba. Derradeiramente o TXUE de 14 de decembro ede 2014 proclama, no que para nós ten agora interese, que resulta contraria ás disposicións da Directiva 2008/48 toda norma nacional segundo a cal a carga da proba do incumprimento das obrigacións prescritas nos artigos 5 e 8 de referida Directiva corresponde ao **consumidor**.

Terceiro : Seguindo en esencia o discurso mantido ante o xulgado o hoxe apelante fundamenta o feito da información en tres pilares, por unha banda, na proba documental que se achega á lite, por outra, nas declaracións prestadas pola testemuña, Director da sucursal bancaria de mediou na comercialización do produto financeiro, e por outra, na doutrina dos actos propios, que se colexiría da percepción por parte dos actores, sempre e sen reserva de ningún tipo, das rendibilidades que foi xerando durante anos ese produto. Máis estes tres elementos de proba non colman a carga da proba do artigo 217 da L. A. C..

En efecto, e primeiramente, o documento -único asinado polos demandantes-que describe as participacións preferentes é o da orde de compra (folio47). Pero este documento resulta a todas luces insatisfactorio, e iso por tres poderosas razóns: A primeira, porque non relata todas as características do produto, especialmente



as da perpetuidade e de non fácil realización, notas loxicamente decisivas na formación do consentimento dos actores, persoas, polo demáis, septuaxenarias e de perfil aforrador e non inversor. A segunda, porque a propia denominación de participacións "preferentes" encerra unha innegable contradicción coa condición real dos preferentistas, pois tan só teñen prioridade sobre os accionistas, pero non respecto dos demáis acredores da sociedade, incluídos os acredores ordinarios ou sen garantía real. Por último, porque a data do documento, coincidente coa realización da operación de compra, non revela, precisamente, que houbo a información precontractual ou previa, requerida normativamente.

En segundo lugar, a descartando as declaracións da testemuña, Dña Estefanía , pois ningún dato de utilidade subministra para a resolución da lite, atopámonos coas manifestacións da outra testemuña, D. Jesús María , manifestacións que teñen que tomarse co especial cautela e reserva, tanto por ser empregado da sucursal bancaria, como porque ten un certo interese por ser o Director mediador na operación, como porque, finalmente, fai un relato inseguro, cheo de evasivas e, en definitiva, interesado. Pero a pesar desas prevencións a testemuña ven admitir feitos tales como que foi o que ofreceu o produto aos demandantes, que faloulles de que tiña unha liquidación ou realización "rápida" -aínda que non inmediata, puntualiza-, ou que "non tiña contemplado o risco de perda da inversión" dado que, engade, estaba detrás a Caixa con beneficios, en clara e inequívoca alusión, entón, a que non informou dese risco de perda, pois o daba -insistimos- por inexistente. A insuficiencia probatoria que se colixe deste instrumento de proba é notoria.

E en terceiro lugar, o demandado recorrente invoca a doutrina dos actos propios, que se colexiría da actitude dos actores, ao facer súas as distintas remesas que, en concepto de rendibilidade derivadas das operacións de lite, lle fixo aquel primeiro. Porén, o posicionamento, puramente pasivo, destes últimos veda a aplicación dese postulado. En efecto, a doutrina dos actos propios, polo seu propio concepto, require que o acto expresivo da consecuencia xurídica que se trata de sacar, proceda do propio contratante contra o que se intenta facer valer esa teoría. Non basta cun acto inercial nin de mera tolerancia, pois non expresaría a vontade, clara e sen ambigüidades, da parte sobre a correspondente realidade contractual. E, por outra banda, o feito de que o cliente acepte ou faga súas as iniciais rendibilidade da operación, non resulta incompatible co feito do incumprimento polo Banco da súa imperativa obriga de información, feito este último que non está probado, de conformidade co razoado. Ou por decilo de xeito máis sixelo, a doutrina dos actos propios non resulta de aplicación aos supostos, como o presente, no que o consentimento do contratante está viciado polo erro propiciado polo outro contratante, ao non ter informado a aquel.

Efectivamente, e como lembra a sentenza do Tribunal Supremo de data 16-9-2004, e na que nela se citan "la doctrina de los actos propios tiene su fundamento último en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y autolimita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables (sentencias del Tribunal Constitucional 73 y 198/1988 e auto del mismo Tribunal de 1 de marzo de 1993). Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2000 . En igual sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2000 . Esta Sala viene exigiendo, para que los denominados actos propios sean vinculantes, que causen estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, o que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho opuesto a sí mismo (Sentencias de 27 de julio y 5 de octubre de 1987 , 15 de julio de 1989 , 18 de enero y 22 de julio de 1990), además de que el acto ha de estar revestido de cierta solemnidad, ser expreso, no ambiguo y perfectamente delimitado, definiendo de forma inequívoca la intención y situación del que lo realiza (Sentencias de 22 de septiembre y 10 de octubre de 1988), lo que no puede predicarse en los supuestos en que hay error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia (sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1995). En igual sentido las sentencias de 25 de octubre de 2000 , 12 de febrero de 1999 y 4 de junio de 1992 ".

E non queremos pechar o círculo argumental sen facer as seguintes reflexións finais: A) Agás do documento de compra das participacións preferentes ao que anteriormente fixemos mención, non consta na causa ningún outro, asinado polos demandantes, que reflicten as condicións do produto, non servindo a estes fins, loxicamente, o documento contrato de depósito ou administración de valores que achegouse. B) Non hai ningún tríptico nin folleto informativo sobre as características da inversión, que se atope asinado polos actores, non cabendo facer remisión ao mesmo noutros documentos. C) Non consta ningunha simulación de escenarios económicos e financeiros diversos, nin prospección de conveniencia do produto, de elevado risco, para os cónxuxes demandantes, tendo en conta a súa respectable idade, os seus estudos elementais, o seu perfil aforrador de sempre e, en fin, a súa nula instrución e experiencia nos eidos de inversión e finanzas, circunstancias, que sobradamente coñecidas polo Director do Banco, do que eran clientes dende había anos, obrigaban a aquel a extremar a súa dilixencia no acatamento do inexcusable deber de información.

Por todo o dito o recurso non pode acollerse.

Cuarto : Non hai circunstancia ningunha de excepción para prescindir do criterio xeral do vencimento obxectivo, disposto para as custas procesuais desta alzada polo artigo 398, en relación co artigo 394, ambos da L. A. C..



Por todo o exposto, e pola autoridade que a este Tribunal lle outorgan a Constitución e o pobo español,

DECIDIMOS

Que desestimamos o recurso de apelación formulado por NOVAGALICIA BANCO S.A. representada polo Procurador Sr. Jose Manuel González-Puelles Casal contra a sentenza ditada polo Xulgado de Primeira Instancia nº 14 de Vigo o día 31 de marzo de 2014, con expresa imposición das custas procesuais desta alzada á parte apelante.

Esta é a nosa sentenza, que asinamos, e que se redacta en galego consonte o establecido no art. 3.2 e 3 da Constitución española ; no art. 5.1, 2 e 3 do Estatuto de autonomía para Galicia, aprobado pola Lei orgánica 1/1981, do 6 de abril; e nos arts. 1, 2, 6.3, e 7.2 e 3 da Lei 3/1983, do 15 de xuño, da Comunidade Autónoma de Galicia, de normalización lingüística.

Notifíquelles ás partes a presente resolución.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Contra a presente sentenza cabe interpoñer recurso de casación por tratarse dun proceso que presenta interese casacional, sobre a base do establecido no art.º 477 da LEC, debendo interpoñer dentro dos vinte días seguintes á súa notificación na forma establecida no art.º 479 da LEC. Asímesmo cabe interponer recurso extraordinario por Infracción Procesual sobre a base do establecido no art.º 468 da LAC, debendo interponer dentro dos vinte días seguintes a súa notificación na forma establecido no artº 479 da LAC.

Devólvanselle os autos orixinais ó xulgado do que proceden, cun testemuño desta sentenza para o seu coñecemento e cumprimento.