



Roj: **SAP Z 1537/2015 - ECLI:ES:APZ:2015:1537**

Id Cendoj: **50297370052015100189**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **5**

Fecha: **15/07/2015**

Nº de Recurso: **174/2015**

Nº de Resolución: **314/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO ANTONIO PEREZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00314/2015

SENTENCIA núm. 314/2015

ILMOS. Señores:

Presidente:

D. PEDRO ANTONIO PEREZ GARCIA

Magistrados:

D. ANTONIO PASTOR OLIVER

D. ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO

En ZARAGOZA, a quince de julio 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 303/2014, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 11 de ZARAGOZA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 174/2015, en los que aparece como parte apelante, CATALUNYA BANC SA, representada por la Procuradora de los tribunales, Dña. MARIA JOSEFA CABEZA IRIGOYEN, asistida por el Letrado D. CARLOS GARCIA DE LA CALLE, y como parte apelada, DÑA. Noelia , representada por el Procurador de los tribunales, D. IGNACIO TARTON RAMÍREZ, asistida por el Letrado D. ALBERTO MARCOS CARDONA GARCIA, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. PEDRO ANTONIO PEREZ GARCIA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la **sentencia** apelada de fecha 25 de Febrero de 2015 , cuyo FALLO es del tenor literal siguiente: "Que, estimando la demanda promovida en JUICIO ORDINARIO N° 303/D-2014, instada por el Procurador Sr. Tartón, en nombre y representación de Dña. Noelia , contra CATALUNYA BANC, S.A., representada por la Procuradora Sra. Cabeza Irigoyen, DEBO DECLARAR Y DECLARO nulo el contrato ADQJISICION DE PARTICIPAC. PREFER B de suscrito entre las partes, por causa de existencia de error en el consentimiento y en su consecuencia, DEBO CONDENAR Y CONDE **NO** a dicha demandada a que pague a la actora 13.060,33, en concepto de principal, más el interés legal de dicha suma desde la fecha de la interposición judicial de la demanda, condenando a la demandada al pago de las costas procesales."



SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes por la representación procesal de CATALUNYA BANC SA, 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 4 de Mayo 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.- 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 una 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 28.4.2015 , 24.6.2015 y 3.7.2015 respectivamente, 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, ésto 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.

SEGUNDO.- A lo dicho debe añadirse que es la entidad vendedora la que debe probar que ha cumplido con los deberes de información necesarios a tenor de la legislación vigente (Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª, de 4 de diciembre de 2010 –AC 2010.2397) , y además no con cualquier clase diligencia, porque la que es exigible a la entidad financiera no es la de un buen padre de familia, sino la de un ordenado empresario y representante legal en defensa de los intereses de sus clientes, como ha sido expresado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5ª, de 16 de diciembre de 2010 - JUR 2011-62409. Así lo señala también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3ª, de 19 de junio de 2013, recurso 3071/2013 , cuando expone que: "...Y corresponde al Banco la carga de la prueba (artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento) de haber cumplido con dicha obligación de información, es decir, le incumbe acreditar que proporcionó a la demandante la información necesaria para que ésta pudiera prestar un consentimiento cabal e informado sobre los productos que iba a contratar. Además de que para la actora la ausencia de información es un hecho negativo, de imposible o difícil prueba, mientras la disponibilidad y facilidad probatoria para acreditar el cumplimiento de tal obligación está bajo la órbita de control de la entidad financiera ...". Es prueba que no ha sido aportada por la demandada, que, al tiempo que la facilita, debía haberse reservado, por ejemplo, la documentación precisa acreditativa de que la había prestado con la intensidad precisa, de modo que resulte plenamente comprensible. Ante las declaraciones contrarias de las partes, el banco no ha cumplido su obligación probatoria. Sólo consta en las actuaciones que el perfil de la adquirente del producto tenía carácter minorista y no profesional, que el objeto era de gran complejidad y generador de posibles pérdidas importantes, que en la venta no se indicó estas características ni se entregó documentación suficientemente clara que incidiese en las mismas. Puede ser cierta la afirmación que se contiene en el recurso sobre que el comprador debe comportarse al suscribir el contrato con una cierta obligada diligencia, no con una absoluta pasividad al ser consciente de su derecho a ser informado, sea o no **consumidor**, posible cliente minorista, no profesional, ajeno por completo al mundo financiero, lego en materias bancarias, desconocedor de fórmulas aritméticas de cálculo de intereses, pues sin ella -esa diligencia- la comprensión, por mucho que se explique y se insista sobre las características del producto, ha de resultar imposible, pues todo intercambio de actividades lleva implícita una cierta colaboración en la medida precisa, pero, aún siendo conforme la observación, es el vendedor quien en sus explicaciones ha de ajustarse a la formación personal del cliente, al ámbito de su conocimiento, adaptarse a sus peculiares circunstancias, y, previo examen -rigieran o no las llamadas pruebas previas- de su capacidad inversora, determinar con cierta seguridad si por su idiosincrasia aceptaba ciertos riesgos y en que medida o era remiso a los mismos, pero, volviendo al caso, no existe prueba alguna de que banco se comportase de esa manera, ni tampoco que la actora lo hiciese de aquella otra con un actuar de total indiferencia, que en un principio resultaría un tanto incomprensible en persona que invierte parte considerable de sus ahorros en cierto producto conociendo que puede acarrear su pérdida total o parcial. Como ya se ha dicho antes, existiendo aquella obligación legal previa -también durante el contrato y durante su ejecución- de información y, más aún, de asesoramiento, el vendedor ya no sólo tiene el deber de informar, sino que además debe informarse para poder informar, y no en cualquier medida, sino en la precisa y necesaria para que en el caso contrario llegue a conocimiento pleno, adaptando la explicación a la singularidad propia del caso.



TERCERO.- Sobre el posible cambio del producto bancario por otras acciones de la entidad, y su posible efecto en la declaración de nulidad que se interesa, al haberse aceptado por la actora -se dice por la apelante- una modificación del objeto del contrato, con extinción de la relación contractual en la que se alega el vicio del consentimiento, ya se ha dictado por esta Sala, entre otras, la Sentencia en recurso de apelación 84/1015 , de fecha, fundamentos sexto a octavo, en la que también era parte el banco que es ahora demandado y que recurre, por lo que la cita le debe ser conocida, en la que se recogen otras muchísimas resoluciones anteriores, señalando la Jurisprudencia existente sobre el alcance de los efectos que han de ser propios de la declaración de una nulidad contractual, como las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2003 , 6 de julio de 2005 y 15 de abril de 2009 , entre otras muchas, recogen aquella jurisprudencia interpretativa del artículo 1103 del Código Civil , argumentando que el mentado precepto "Tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador (sentencias de 22 de septiembre de 1989 , 30 de diciembre de 1996 , 26 de julio de 2000), evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra (sentencias de 22 de noviembre de 1983 , 24 de febrero de 1992 , 30 de diciembre de 1996 -llegar hasta donde se enriqueció una parte y hasta donde efectivamente se empobreció la otra-, es aplicable a los supuestos de nulidad radical o absoluta, no sólo a los de anulabilidad o nulidad relativa, (sentencias de 18 de enero de 1904 , 29 de octubre de 1956 , 7 de enero de 1964 , 22 de septiembre de 1989 , 24 de febrero de 1992 , 28 de septiembre y 30 de diciembre de 1996), y opera sin necesidad de petición expresa, por cuanto nace de la ley (sentencias de 10 de junio de 1952 , 22 de noviembre de 1983 , 24 de febrero de 1992 , 6 de octubre de 1994 , 9 de noviembre de 1999). Por consiguiente cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de la celebración (sentencias de 29 de octubre de 1956 , 22 de septiembre de 1989 , 28 de septiembre de 1996 , 26 de julio de 2000), debiendo los implicados devolverse lo que hubieren recibido por razón del contrato (sentencias de 7 de octubre de 1957 , 7 de enero de 1964 , 23 de octubre de 1973),..." , entre otras varias de fecha posterior, con idénticas conclusiones y diversos argumentos, que ahora han de darse por reproducidas, a las que debe estarse para desestimar el motivo que se alega.

CUARTO .- Dispone el artículo 1301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código . En orden a cuando se produce la consumación del contrato, decía ya la muy antigua Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1984 que "Es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928), y la posterior pero también antigua Sentencia de 27 de marzo de 1989 precisaba que "El artículo 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr " desde la consumación del contrato ".Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes", criterio éste que se manifiesta igualmente en la más reciente Sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, "En el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó....". Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el artículo 1301 del Código Civil . Entender que la acción solo podría ejercitarse "desde" la consumación del contrato, llevaría a la conclusión jurídicamente ilógica de que hasta ese momento no pudiera ejercitarse por error, dolo o falsedad en la causa, en los contratos de tracto sucesivo, con prestaciones periódicas, durante la vigencia del contrato". El momento de la consumación, en suma, no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes. En fin , considera la Sala que existió entre las partes un contrato de tracto sucesivo, operándose así una compraventa cuyos efectos no se agotan con la entrega de los títulos y con la intermediación, sino que despliega sus efectos en el futuro, y por ello en el momento de la perfección de los contratos de adquisición de las obligaciones adquiridas éste no se consume al tener la inversión un plazo perpetuo a lo largo del cual no solo ha de atender a las obligaciones puramente económicas como son las de los pagos de dividendos o intereses pactados, sino que además ha de dar cumplimiento a las obligaciones de información sobre los títulos en tanto en cuanto vienen a reforzar el capital de la entidad, manteniendo plenamente los derechos y obligaciones propios del contrato respecto de los títulos objeto de contrato durante la vigencia del mismo.

QUINTO.- La resolución del caso es clara, atendidas sus circunstancias, no presentando dudas de hecho ni de Derecho, por que tampoco cabe acoger el e argumento contenido en el recurso sobre la no imposición de



costas de la instancia. Desestimándose aquel, las propias de la alzada son de imponer a la apelante, conforme al artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento .

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

FALLAMOS

QUE, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Cabeza Irigoyen, en la representación que tiene acreditada, contra la Sentencia dictada el pasado día veinticinco de febrero de dos mil quince por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número ONCE de ZARAGOZA, cuya parte dispositiva ya ha sido transcrita, la confirmamos íntegramente, imponiendo a la recurrente las costas de esta alzada.

Procede la pérdida del depósito para recurrir constituido por la recurrente, dada la íntegra desestimación del recurso de apelación interpuesto.

Contra la anterior Sentencia cabe, en su caso, recurso de casación por interés casacional ante esta Sala en el 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 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" 06 Civil-Casación, y sin cuya constitución no se admitirá a trámite.

Remítanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, junto con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.