

Roj: SAP MU 851/2011
Id Cendoj: 30016370052011100205
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Cartagena
Sección: 5
Nº de Recurso: 65/2011
Nº de Resolución: 105/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JOSE JOAQUIN HERVAS ORTIZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

MATERIAS NO ESPECIFICADAS

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

CARTAGENA

SENTENCIA: 00105/2011

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA

SECCIÓN QUINTA (CARTAGENA)

ROLLO Nº 65/2011 (CIVIL)

ILTMO. SR. D. JOSÉ MANUEL NICOLÁS MANZANARES

Presidente

ILTMO. SR. D. MATÍAS M. SORIA FERNÁNDEZ MAYORALAS

ILTMO. SR. D. JOSÉ JOAQUÍN HERVÁS ORTIZ

Magistrados

En Cartagena, a uno de abril de dos mil once.

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia, compuesta por los Ilustrísimos Señores citados

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A Nº 105

Vistos, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial de Murcia, con sede en Cartagena, integrada por los Ilmos. Sres. expresados, los autos de juicio ordinario número 2307/09 (Rollo nº 65/11), que en primera instancia se han seguido en el Juzgado de Primera Instancia número uno de Cartagena, siendo partes, como demandante, D^a. Ascension , representada por el Procurador D.Rafael Varona Segado y defendida por el Letrado D.Jaime Navarro García, y, como demandado, "BANKINTER, S.A.", representado por el Procurador D.Alejandro Juan Lozano Conesa y defendido por los Letrados D.Enrique Sánchez Fernández y D. Melchor , actuando en esta alzada, como apelante, la parte demandada, y, como apelada, la parte actora, ha sido **Magistrado ponente** el **Ilmo. Sr. D. JOSÉ JOAQUÍN HERVÁS**

ORTIZ , que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por el Juzgado de Primera Instancia número uno de Cartagena, en los referidos autos de juicio ordinario, tramitados con el número 2307/09, se dictó Sentencia con fecha 13 de julio de 2.010 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Que estimando parcialmente la demanda presentada por Dña. Ascension , contra Bankinter, S.A., debo condenar y condeno a ésta a que abone a aquélla la cantidad de cincuenta y ocho mil euros (58.000.-#), minorada en el importe que se determine en ejecución de sentencia por el total de lo percibido por la actora desde el 28 de junio de 2007 en concepto de rentabilidad de los valores objeto del contrato obrante en autos, y todo ello, sin imponer a ninguna de las partes el pago de las costas de este procedimiento."

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia se preparó recurso de apelación por la parte demandada, que, una vez admitido a trámite, interpuso en tiempo y forma, exponiendo por escrito y dentro del plazo que al efecto le fue conferido, la argumentación que le sirve de sustento. Del escrito de interposición del recurso se dio traslado a la parte actora, emplazándola por diez días para que presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resultara desfavorable, dentro de cuyo plazo presentó escrito de oposición al recurso, solicitando la confirmación de la Sentencia dictada en primera instancia, con expresa condena en costas a la contraparte. Seguidamente, se remitieron los autos a este Tribunal, donde se formó el correspondiente rollo de apelación, con el número 65/11, que ha quedado para Sentencia sin celebración de vista, tras señalarse para el día 29 de marzo de 2.011 su votación y fallo.

TERCERO. En la tramitación de esta instancia se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Frente a la Sentencia de primera instancia, que estima parcialmente la demanda interpuesta y condena al Banco demandado en los términos que se recogen en su fallo, se alza éste en base a las alegaciones que realiza en el escrito de interposición del recurso, solicitando su revocación y que se dicte otra por la que se desestime la demanda interpuesta. Y entrando en la resolución de dicho recurso, debe señalarse que alega el Banco, en primer lugar, que la información suministrada a la actora sobre el producto financiero que ésta adquiriría -participaciones preferentes en Banco de Islandia- no fue escueta ni insuficiente, sino que se atenía a la información que para este tipo de instrumentos financieros facilita la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Pero tal motivo de recurso no puede prosperar por las razones que, a continuación, se exponen. En primer lugar, debe señalarse que la entidad financiera que intermedia o interviene profesionalmente en la adquisición por parte de un cliente de un determinado producto financiero en el mercado de valores tiene la esencial obligación de informar a dicho cliente, previamente y con el suficiente detalle, de las características de dicho producto financiero, a fin de que el cliente pueda adoptar su decisión inversora con suficiente conocimiento de causa, como se desprendía de la redacción, vigente a la fecha del contrato de autos, del *artículo 79.1.e) de la Ley del Mercado de Valores* y como se desprende del actualmente vigente *artículo 79 bis de la misma Ley* . Y esa obligación de información debe cubrir, de forma especial, los concretos riesgos que lleva consigo la referida inversión, sin que el Banco pueda proceder a un cumplimiento meramente formal de esa obligación de información por la vía de realizar una somera descripción del producto en la que simplemente se resalten las rentabilidades y se difuminen los riesgos. Y de ello se sigue que ha de considerarse insuficiente la información que se incluyó en el contrato de autos, a modo de anexo, pues, de un lado, no se indicaba, de forma expresa, la posibilidad de que el cliente perdiese, total o parcialmente, el capital invertido, limitándose a hacer referencia a unos "ratings" de la emisión, que, por su carácter técnico, sólo pueden ser adecuadamente interpretados por inversores profesionales o por personas con una elevada cultura financiera, sin que conste que la hoy actora pueda ser encuadrada en ninguno de esos grupos, no siendo suficiente para dar por probado que la actora fuese una inversora experimentada y con pleno conocimiento de lo que adquiriría el hecho de que haya adquirido en otras ocasiones otros productos financieros, máxime cuando no consta que esas otras adquisiciones fuesen valoradas y decididas por ella y con pleno conocimiento de causa, de tal manera que no es descartable que también en esas otras adquisiciones se hubiese producido el déficit informativo que se dio en la adquisición que ahora nos ocupa, aunque esas otras operaciones no hubiesen llegado a tener, a diferencia de lo que aquí ocurre, un resultado económico adverso.

Por otra parte, debe señalarse que, a diferencia de lo que se afirma en el recurso, la información que se suministró a la hoy demandante, en la operación que ahora nos ocupa, no coincide con la que suministra

la Comisión Nacional del Mercado de Valores en el documento número seis de los acompañados a la contestación a la demanda, pues en ese documento número seis sí se indica expresamente la posibilidad de pérdida del capital invertido en participaciones preferentes, lo que, como ya hemos visto, no se hace en el contrato que el Banco dio a firmar a la actora. Y tampoco consta que, a diferencia de lo que se afirma en el recurso, el personal del Banco informase adecuadamente a la hoy actora de las características y concretos riesgos de las participaciones preferentes que ésta adquiriría. En este sentido, no puede entenderse cumplida la obligación de información por parte del Banco por el mero hecho de que los referidos "ratings" que otorgan determinadas agencias de calificación vengán siendo considerados como indicadores útiles y fiables de solvencia por parte de instituciones europeas, del Banco de España o de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, pues ello sería tanto como identificar, de forma indebida, el adecuado cumplimiento de la obligación legal de información por parte del Banco al cliente con la mera publicación o con la mera constancia en el contrato de los referidos "ratings" de solvencia, cuya adecuada comprensión, como ya se dejó dicho, no está al alcance de todo inversor, al menos con la profundidad necesaria como para valorar adecuadamente los riesgos de la inversión. Es decir, la mera publicación o constancia en el contrato de esos "ratings" no excluye o sustituye la obligación del Banco de proporcionar al cliente una información individualizada y adecuada en relación con el producto financiero que adquiere, a fin de que pueda alcanzar una cabal comprensión de sus características y de los riesgos asociados al mismo, en especial el referente a la posibilidad de pérdida, total o parcial, del capital invertido, sin que, como también dijimos, haya acreditado la parte demandada que proporcionase a la actora esa información concreta e individualizada sobre los riesgos que asumía con la inversión.

Deben rechazarse, pues, las alegaciones de la parte apelante con las que pretende sostener que proporcionó a la actora una información suficiente.

SEGUNDO. Viene a alegar también la parte apelante que la información por ella suministrada no podía inducir a error a la actora teniendo en cuenta que en la condición general décima del contrato se hacía constar que el Banco no asumía responsabilidad ni compromiso alguno respecto a la garantía, seguridad o liquidez de los valores objeto de la compraventa, ni respecto de la garantía o solvencia de la sociedad emisora de los mismos, salvo mención expresa en contrario. Pero tal alegación tampoco puede ser acogida, pues la exclusión por el Banco de su propia responsabilidad, por lo demás inserta en condiciones generales de la contratación, no permite entender cumplida la completa obligación legal de información que pesaba sobre el Banco, en la medida en que tal exclusión de responsabilidad no permitía inferir, sin más, que el concreto producto financiero que se adquiriría estuviese sujeto a la posibilidad de pérdida, total o parcial, del capital invertido. Pero es que, además, dicha omnimoda exclusión de responsabilidad ha de considerarse abusiva desde el punto de vista de la legislación sobre consumidores y usuarios, desde el momento en que ni siquiera se establece como presupuesto de la misma un adecuado cumplimiento por parte del Banco de su esencial obligación de informar adecuadamente y de forma completa al cliente sobre los riesgos de la inversión. Es decir, viene a tratarse de una exclusión de responsabilidad "a todo evento", en la medida en que también viene a exonerar al Banco en los supuestos de incumplimiento por su parte de esa obligación de información, lo que resulta, desde luego, inadmisibles y daría lugar, así interpretada, a la nulidad de dicha condición y a tenerla por no puesta, de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 8.2. de la Ley 7/1998, de 13 de abril, Sobre Condiciones Generales de la Contratación*, en relación con el *artículo 10 bis y Disposición Adicional Primera II. 9. y 10. de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, aún vigente a la fecha en la que se suscribió el contrato de autos.

TERCERO. De lo expuesto en los precedentes ordinales se desprende que ha de entenderse acreditada la existencia del error en el consentimiento que la parte actora invocaba en su demanda. En este sentido, cierto es que la Jurisprudencia declara que corresponde la prueba del error a quien lo alega, pero no es menos cierto que las circunstancias concurrentes permiten entender probada la existencia de dicho error. Así, debe destacarse, en primer lugar, la dificultad que de ordinario presenta para inversores no experimentados la correcta valoración de las circunstancias que aconsejan o desaconsejan invertir en un determinado producto financiero, teniendo en cuenta la complejidad que ha llegado a alcanzar el mercado de valores, hasta el punto de que operar en él con un mínimo de seguridad requiere de un adecuado asesoramiento si no se dispone de una considerable formación financiera. Y es por ello que la legislación impone a las entidades que operan en dicho mercado la obligación de informar adecuadamente a los inversores que a ellas acuden sobre las rentabilidades y riesgos de los correspondientes productos financieros, hasta el punto de que si no se suministra una adecuada y completa información puede presumirse que el inversor no profesional no dispone de un conocimiento cabal del correspondiente producto financiero. Es decir, la falta de acreditación de que se ha suministrado una información adecuada, precisa y suficiente permite inferir que el inversor no ha podido formarse una idea precisa de los riesgos reales del producto financiero en el que se dispone a invertir, de tal manera que cuando dicho inversor alega

la existencia de error en la contratación de ese producto financiero ha de ser la correspondiente entidad financiera a la que dicho inversor acudió para efectuar dicha contratación la que acredite que suministró la completa, precisa, adecuada e individualizada información, que la legislación impone, a fin de desvirtuar la existencia de ese error que el inversor alega.

Partiendo de lo expuesto, debe señalarse que no ha acreditado el Banco demandado que suministrase a la hoy actora esa precisa información sobre las características y riesgos reales de las participaciones preferentes adquiridas, por lo que, no constando acreditado que la hoy actora posea una formación financiera que le permitiese conocer las características y riesgos de ese producto, especialmente el referente a la posibilidad de pérdida total o parcial del capital invertido, ha de concluirse que concurrió en el consentimiento prestado por la actora para la ejecución de la orden de compra de esas participaciones un error esencial y excusable, que resulta imputable al Banco hoy demandado.

No cabe duda tampoco de que la falta de información por parte del Banco sobre los riesgos de la inversión ha de generar la correspondiente responsabilidad civil para éste, al no haber podido la actora recuperar el capital invertido, sin que el Banco haya acreditado que sí resulte posible esa recuperación ni que las participaciones preferentes adquiridas en su día tenga en la actualidad algún valor económico real. En este sentido, cierto es que en la demanda parece aludirse a la existencia de responsabilidad extracontractual por parte del Banco, al citarse el *artículo 1.902 del Código Civil*, pero no es menos cierto que dicha responsabilidad también parece fundamentarla la parte actora en un incumplimiento de sus obligaciones contractuales por parte del Banco demandado, como también se desprende de los hechos que la parte actora expone para fundamentar su demanda. Y de ello se sigue que no puede apreciarse incongruencia alguna en la Sentencia apelada, al no haberse alterado la "causa petendi", cuyo componente esencial son los hechos relatados y no el derecho alegado, y al no haberse generado, por tanto, indefensión alguna para la parte demandada, pues el Juzgador "a quo" ha basado su condena en el incumplimiento por parte de ésta de la obligación de suministrar la información que le viene impuesta legalmente, que es, en definitiva, la causa de pedir fundamental que la parte actora esgrimía en su demanda.

En definitiva, ya se considere contractual o extracontractual el origen de la responsabilidad del Banco, no se ha alterado por el Juzgador "a quo" la "causa petendi" ni se ha generado indefensión alguna para la demandada. A este respecto, parece oportuna la cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1.999 (Sentencia número 924/1999) y de 23 de diciembre de 2.004 (Sentencia número 1210/2004). Así, en la primera de dichas Sentencias señala el Alto Tribunal, textualmente, lo siguiente:

"Los datos fácticos que integran este elemento del objeto del proceso y que sirven para valorar si concurre una conducta culposa, como presupuesto de la responsabilidad (contractual, extracontractual, o legal), sí corresponde aportarlos y probarlos a las partes, pero la calificación de la culpa, o la determinación de que modalidad o entidad de culpa concurre, es "questio iuris", y, si no altera la acción, forma parte del "iura novit curia", y lo que es previsible en el discurso jurídico no pueda dar lugar a indefensión."

Y, por su parte, en la segunda de las Sentencias citadas también declara el Tribunal Supremo, textualmente, lo siguiente:

"La respuesta al motivo así planteado pasa por reconocer que varias sentencias de esta Sala efectivamente han apreciado incongruencia en condenas por responsabilidad contractual, cual es el caso de la pronunciada por la sentencia recurrida, cuando la acción ejercitada se fundaba única y exclusivamente, como también es el caso, en los artículos 1902 y concordantes del Código Civil; así, las sentencias de 18 de octubre de 1995 (recurso núm. 1245/92), 11 de marzo de 1996 (recurso núm. 2581/92), 3 de mayo de 1999 (recurso núm. 3374/94), 10 de octubre de 2002 (recurso núm. 501/97) y 7 de abril de este año (recurso núm. 1624/98).

Pero no es menos cierto que en otras muchas sentencias esta Sala, desde los principios de la unidad de la culpa civil y la yuxtaposición de responsabilidades contractual y extracontractual, ha venido declarando que lo único vinculante para el juzgador, desde el punto de vista de la congruencia, son los hechos de la demanda, gozando en cambio de libertad para encuadrar la conducta del demandado en la culpa contractual o en la extracontractual por corresponder a sus facultades de aplicación de la norma pertinente conforme al principio "iura novit curia"; así, sentencias de 15 de junio de 1996 (recurso núm. 3269/92), 18 de febrero de 1997 (recurso núm. 892/93), 24 de julio de 1998 (recurso núm. 918/94), 17 de septiembre de 1998 (recurso núm. 2107/94), 16 de octubre de 1998 (recurso núm. 2165/94), 28 de diciembre de 1998 (recurso núm. 925/94), 8 de abril de 1999 (recurso núm. 3420/94), que da por definitivamente asentada la doctrina de la unidad de la culpa civil y la integración de la causa de pedir únicamente por los hechos de la demanda, 24 de diciembre de 1999 (recurso núm. 1023/95), 29 de diciembre de 2000 (recurso núm. 3602/95) y 3 de diciembre de 2001 (recurso núm. 2323/1996), mereciendo destacarse, dentro también de

esta línea, la sentencia de 6 de mayo de 1998 (recurso núm. 710/94) en cuanto extiende la libertad del juzgador a la consideración del plazo de prescripción aplicable." .

CUARTO. Por lo expuesto en los precedentes ordinales, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la resolución recurrida, con expresa imposición al apelante de las costas de esta alzada, de conformidad con lo dispuesto en los *artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

QUINTO. De conformidad con lo establecido en el *apartado 9. de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial* , procede declarar la pérdida por la parte apelante del depósito que constituyó para recurrir en apelación, al confirmarse la resolución recurrida, debiendo darse a dicho depósito el destino legalmente previsto.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D.Alejandro Juan Lozano Conesa, en nombre y representación de "BANKINTER, S.A.", contra la Sentencia dictada en fecha 13 de julio de 2.010 por el Juzgado de Primera Instancia número uno de Cartagena , en los autos de juicio ordinario número 2307/09, debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** dicha resolución; y ello con expresa imposición de las costas procesales del recurso a la parte apelante.

Dese al depósito constituido por la parte apelante para recurrir en apelación el destino legalmente previsto.

Notifíquese esta Sentencia conforme a lo establecido en el *artículo 248.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial* , haciéndose saber a las partes que no cabe recurso alguno contra ella; y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

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