



**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4
ZARAGOZA**

SENTENCIA: 00062/2015

Rollo: 359/2014

SENTENCIA NÚMERO SESENTA Y DOS

Ilmo/s. Sr/es. Magistrado/s:

Presidente:

Juan Ignacio Medrano Sánchez

Magistrados/a:

D^a M^a Jesús De Gracia Muñoz

D. Rafael María Carnicero Giménez de Azcarate

En Zaragoza, a cuatro de marzo de dos mil quince.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 4 de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 361/2014, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N°17 DE ZARAGOZA, a los que ha correspondido el Rollo 359/2014, en los que aparece como parte apelante BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A, representado por el Procurador D. Jose Alfonso Lozano Velez de Mendizabal y como apelados D. ; Y D^a

representados por el Procurador D. Pedro Amado Charlez Landivar y asistidos del Letrado D. Alvaro Garcia Graells, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. RAFAEL MARIA CARNICERO GIMÉNEZ DE AZCARATE.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



de vigilancia, lealtad e información como comisionista prestador de servicios de inversión y cuantía coincidente con la pérdida del valor del producto.

La sentencia objeto de apelación desestimó la primera de las acciones ejercitada. Con respecto de la segunda, consideró, en resumen, que se había vulnerado el deber de información por parte de la entidad bancaria, lo que implicaba la existencia de un incumplimiento del contrato, generador de la indemnización de daños y perjuicios, estimando la acción.

Contra esta resolución se alzaré la entidad demandada BBVA alegando, en resumen, tres motivos de recurso: que no incumplió el deber de información; inexistencia de daño indemnizable, porque no se ha producido; finalmente, falta de causalidad entre el daño producido y el deber de información. Ellos serán objeto de examen a continuación, brevemente, pues convenimos que la sentencia de primera instancia, cuyos fundamentos jurídicos hemos ratificado, ya dieron oportuna y razonada respuesta, adelantado, como se adivina, desde este momento, su desestimación.

SEGUNDO.- Debemos tener en cuenta la especial naturaleza de este tipo de productos financieros, que la propia Ley de Mercado de Valores (en adelante LMV), define como complejos; y el desequilibrio en la contratación que aquella complejidad comporta, unido al principio de buena fe contractual, impone a la entidad bancaria comercializadora del producto, un deber cualificado o reforzado de información precontractual y de tutela de los intereses del inversor.

Si atendemos a la fecha de contratación del producto (22 de junio de 2007), aún no era de aplicación el RD 217/2008, que exige proteger al inversor minorista no experimentado, valorando sus conocimientos y experiencia mediante un test de conveniencia o idoneidad, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera, y precisar, qué tipo de información ha de proporcionársele. No obstante, el inversor gozaba igualmente de protección a través del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



registros obligatorios, en el que se impuso un código de conducta incluido como anexo.

Así, en el artículo 1, imponía a las entidades como canon de conducta el actuar "con imparcialidad y sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos...", a la vez que imponía un deber de identificación correcta del perfil del cliente, en particular su experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante"; y el artículo 5, recogía específicos deberes de información al inversor: "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. 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 este sentido, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014, recoge la necesidad de aquel deber de información: "Ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. 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



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto".

Tras un nuevo examen de las pruebas practicadas en la primera instancia, a la luz de las consideraciones recogidas en los dos fundamentos precedentes, esta Sala coincide con la conclusión obtenida por el Juzgador a quo, que ha servido de base a la estimación de la demanda, en los términos reflejados en la Sentencia recurrida. Considerando, que se ha producido una absoluta falta de información que se traduce en la existencia de incumplimiento de contrato generador de daños y perjuicios.

No se ha acreditado suficientemente, que la información precontractual proporcionada por la entidad bancaria a la parte actora abarcase todos elementos esenciales, en particular, los riesgos de los contratos de compraventa de este producto financiero. El documento de compra no contienen ninguna relación a las características del producto, sino que sólo se recoge el nominal y su denominación. Por su parte, el Folleto Informativo que se dice haber puesto a disposición del cliente, no ha sido acreditada su entrega al actor.

En relación con el "onus probandi" del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, es de señalar que la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cuál la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (en tal sentido, sentencia AP Valencia, de fecha 26-4-2006).



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN

Por último, comprobamos que el demandante tenía un perfil conservador. El demandante manifestó que contrataba lo que le decían en el BBVA, confiaba en lo que le decía el Banco, y que nadie le

advirtió que era un producto de riesgo ni nada, ni le explicaron que un producto perpetuo. Que si le hubieran advertido que lo podía perder no lo hubiera metido.

Obra en autos test de conocimientos financieros realizado en noviembre del 2011 al actor, con ocasión del ofrecimiento de canje de otro producto, que evidencia inequívocamente que el actor carecía, en resumen, de experiencia inversora. La pericial practicada reveló que el producto financiero en cuestión era de riesgo, problemático, y que de rentabilidad improbable, con un importante riesgo de iliquidez, que ningún experto inversor lo hubiera comprado. Afirmó que el demandante era un inversor minorista y conservador -vídeo grabación 44:19-, carente de conocimientos financieros, ignorando el valor del producto.

Todo ello constituye un incumplimiento contractual y título de imputación de responsabilidad de los daños causados (STS 30/12/2014).

Por lo tanto, la actora debe ser indemnizada en el daño causado, conforme a lo alegado y probado a través de los informes periciales, según refleja la sentencia apelada.

TERCERO.- La desestimación del recurso conlleva la imposición de costas -artículo 398 LEC- y la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que **desestimando el recurso de apelación** interpuesto por BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA, representado por el Procurador Sr. Lozano Vélez de Mendizábal, contra la Sentencia 135/2014, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 17 de Zaragoza el 19 de septiembre de 2014 en el Procedimiento Ordinario 361/2014,



confirmamos la expresada resolución, con imposición de costas a la parte apelante, y pérdida del depósito constituido para recurrir.

La presente resolución, de concurrir los requisitos establecidos en los artículos 477 y 469, en relación con la disposición final 16ª de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, es susceptible de recurso de casación y de recurso extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo o, en su caso, de recurso de casación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, debiendo presentar ante esta Sección el escrito de interposición en el plazo de los VEINTE DÍAS siguientes al de su notificación.

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



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado que la firma y leía por el Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, uniéndose certificación a los autos, de lo que yo el/la Secretario, doy fé.



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN