

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 2
ZARAGOZA**

SENTENCIA: 00271/2016

SENTENCIA NÚMERO: 271/2016
EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. JULIÁN-CARLOS ARQUÉ BESCÓS

Magistrados:

D. FRANCISCO ACÍN GARÓS

D. LUÍS-ALBERTO GIL NOGUERAS

En Zaragoza, a diez de Mayo de dos mil dieciséis.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Segunda, de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO N°. 208/2015, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N°. 18 de ZARAGOZA, a los que ha correspondido el ROLLO DE APELACIÓN (LECN) N°. 754/2015, en los que aparece como parte apelante, "**BANCO DE SABADELL SOLBANK S.A.**", representado por la Procuradora de los tribunales, D^a. MARÍA-LUISA HUETO SÁENZ, asistido por el Abogado D. PATXI LÓPEZ DE TEJADA FLORES, y como parte apelada, **D. LEANDRO**, representado por el Procurador de los tribunales, D. PEDRO-AMADO CHARLEZ LANDIVAR, asistido por el Abogado D. Álvaro García Graells, en dichos autos se dictó Sentencia en fecha 1 de Octubre de 2016, y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los que figuran en la sentencia apelada, cuya parte dispositiva dice:" Condono a BANCO DE SABADELL S.A. a abonar a Don Leandro la suma de 10.687,50 euros de principal, más los intereses legales desde la fecha de suscripción de los títulos, 11 de diciembre de 2006 y las costas procesales causadas, con reintegro de los títulos por el actor a la demandada.-".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia, la parte demandada presentó escrito de recurso de apelación por la que se solicitaba la revocación de la resolución y desestimación de la demanda con imposición de las costas al actor, del que tras ser admitido a trámite se dio traslado a la parte demandante. El apelado presentó dentro del término del emplazamiento escrito de oposición solicitando la confirmación de la sentencia. Seguidamente se remitieron los autos a esta Sala para su resolución.

TERCERO.- No habiéndose aportado nuevos documentos, ni practicado prueba, ni considerándose necesaria la celebración de vista, se señaló para deliberación y votación el día 4 de mayo de 2016.

CUARTO.- En la tramitación de la apelación se han observado todas las prescripciones legales.

Ha sido ponente en esta apelación el Ilmo. Sr. Magistrado D. LUÍS-ALBERTO GIL NOGUERAS quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los contenidos en la sentencia de instancia en la medida en que no se opongan a los que se expresan a continuación.

PRIMERO.- Desestimada la primera de las acciones ejercitadas, la de anulabilidad/nulidad del negocio jurídico por vicio de consentimiento, al concurrir la excepción de caducidad, el recurso se centra en la errónea valoración probatoria llevada a cabo por el juez de instancia, poniendo de relieve que no existió déficit de información achacable a la entidad financiera, sino que cumplió debidamente con la información de la que disponía en beneficio de su cliente como un comisionista mercantil, incluidos los riesgos propios del producto, tal y como se ha acreditado en el curso del proceso, por lo que ningún incumplimiento cabe achacarle que le genere la responsabilidad acogida en la sentencia.

Esta Sección ya en la sentencia diecisiete de abril de dos mil doce se pronunció sobre este tipo de productos y vino a exponer que las acciones preferentes, son un producto financiero complejo, correspondiéndose con un título valor que concede una remuneración prevista a expensas de que la sociedad obtenga beneficios, dependiendo su valor en el mercado secundario de la solvencia de la sociedad y dependiendo del tipo de interés variable. No se trata de un producto seguro si tenemos en cuenta tanto la legislación derivada de la Ley 47/07 de 19 de diciembre, como la aplicada al caso de autos, dada la fecha de la orden de compra (R.D. 629/1993 de 3 de mayo). Las entidades financieras deben proporcionar al inversor la información adecuada del producto, advirtiéndole del riesgo y especialmente aconsejar debidamente de la inversión en relación especial con las características y perfil del inversor, es obvio que el producto ofrecido por el banco recurrente no se adaptaba al perfil netamente conservador de los demandantes...

Por ello en la mencionada resolución entendía incumplida la obligación de información, no sólo predicable de quien ofertan productos financieros propios, sino de quienes actúan como comisionistas mercantiles, ofertando productos ajenos.

Estas mismas conclusiones pueden encontrarse en otras resoluciones de otras secciones de esta misma Audiencia Provincial. La de la sección cuarta de 10.5.2013 decía Ahora bien, en la comercialización de productos bancarios y financieros tiene una relevancia fundamental la exigibilidad de un cierto comportamiento de los oferentes o -cuando menos- comercializadores de esos productos. La legislación sectorial no ha hecho sino recoger ese "plus" de diligencia necesario en un sector del tráfico jurídico dotado de una especial complejidad terminológica, conceptual y de desarrollo. Por lo tanto, la configuración del equilibrio obligacional exige un

determinado "agere" al elemento del negocio jurídico más potente (el banco). Si bien el incumplimiento de ese comportamiento específico no necesariamente y de forma automática significará una consecuencia negativa en el haber de la entidad bancaria o financiera, sí que presupone una carga probatoria adicional de quien incumplió esa exigencia de "requilibrio" negocial o contractual. Así lo ha recogido la jurisprudencia. La S.T.S 14-noviembre-2005 señala que la diligencia de las entidades financieras a la hora de comercializar productos de cierta complejidad no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, de tal manera que la carga probatoria acerca de tal extremo debe de pesar sobre el profesional financiero, lo cual es lógico, por cuanto desde la perspectiva de los clientes se trataría de un hecho negativo, cual es la ausencia de dicha información. Lo que se corresponde con la distribución del "onus probandi" que recoge el art. 217 LEC (SS A.P. Valencia, 26-4-2006 y Palma de Mallorca, secc 3ª, 16-2-2012, entre otras). DÉCIMO. - Por otra parte, la legislación aplicable también suele ser -y ha sido en este caso- objeto de concreción. Comercializado el producto en 2006, no le era aplicable una normativa que aún no había entrado en vigor. La ley 47/07 que modificó la L.M.V. para adecuarla a la Directiva comunitaria 2004/39 CE del Parlamento y del Consejo, de 21-abril-2004, denominada MIFID, entró en vigor el 21-12-2007 (al día siguiente de la publicación en el BOE). Sin embargo, ello no es óbice para tener en cuenta una serie de pautas. Aunque ya queda lejano en el tiempo, la ley del contrato de seguro 50/80, inauguró una etapa legislativa de especial protección no sólo del consumidor strictu sensu, sino del cliente, por entender que es la parte más débil del contrato. No sólo económicamente, sino desde la óptica del asesoramiento jurídico, económico y de la posición de conocimiento e influencia en el mercado. Y, además, por ser el "oferente" de las condiciones al que -en su caso- habría que aplicarle el canon "contra proferentem" a fin de evitar abusos. Así, SS.T.S. 158/11, de 23 marzo, 711/08, de 22 de julio y la más reciente de 15-noviembre-2012. Pero, más específicamente, resulta claramente recogida esta evolución en el R.D.629/93, de 3 de mayo, "sobre normas de actuación en el mercado de valores y registros obligatorios", que sí estaba en vigor en el momento de contratarse el producto litigioso. Alrededor de esta norma directa, existen otras que inciden en la misma obligación tuitiva del cliente y de transparencia y veracidad de la entidad financiera. Así, el Art.48 de la ley 26/88, de Disciplina e Intervención de las entidades de crédito. ONCEAVO.- En cuanto a la normativa específicamente aplicable (R.D. 629/93), esta Audiencia ha reiterado (SS 294/12, 29-junio, 14-noviembre-2012, 18-diciembre-2012, secc 4ª) que el código de conducta del mismo ya establecía unas pautas de comportamiento ciertamente exigentes. No deberán de anteponer los intereses propios a los de sus clientes (art. 1. del Anexo: Código General de conducta de los mercados de valores). Deberán de recabar la información necesaria sobre la experiencia inversora del cliente (Art. 4 del Anexo). "Y deberán de informar al cliente, no de forma genérica, sino correcta, precisa y suficiente, haciendo hincapié en los riesgos de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Todo ello para evitar

una incorrecta interpretación (art. 5 del Anexo). Además, las Entidades deberán disponer de los sistemas de información necesarios y actualizados para proveer de toda la información relevante y 5 proporcionarla a los clientes. Habrán de conservar sistemáticamente los estudios o análisis sobre la base de los cuales se han realizado las recomendaciones, e informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato nuevas instrucciones del cliente (art. 5 Anexo)". Si comparamos esta normativa con la que implementa la transposición de la Directiva MIFID se puede concluir que la esencia del comportamiento bancario estaba recogido en el R.D. 629/93, a falta de las concreciones que aporta la modificación de la L.M.V. Incluso, es preciso recordar que el germen de esa actitud leal y diligente -explicitado por normas sectoriales por mor de la "seguridad jurídica"- ya estaba contemplado en el art. 1258 C.civil.

SEGUNDO.- A la vista de la prueba practicada no consideramos desacertadas, absurdas ni ilógicas las conclusiones a las que el juez de instancia llega tras un examen de aquélla, realizada bajo el principio de inmediación y que en consecuencia deben de quedar incólumes.

La carga de la prueba de haber proporcionado la información esencial del producto, y de los riesgos inherentes al mismo, entre los que debe de figurar la ausencia de cobertura por parte del Fondo de Garantía correspondía a la entidad financiera, y pese a la declaración testifical del empleado de la entidad demandada, dada su generalidad, ello no se ha acreditado, debiendo destacarse también de su declaración, como hace el juez a quo la confirmación del perfil conservador del inversor, para quien a priori se le ofertó un producto no concorde a sus características. Y si bien ello no impide la contratación sí aconseja reforzar la información de tal modo que no quepa dudas que el cliente puede decidir, sabiendo las características del producto, su coste y los riesgos asumidos con la inversión.

Ante la falta de enervación de la carga probatoria, la oferta a un cliente minorista de perfil conservador de un producto inadecuado sin la exigible información, conduce a sostener como hace la resolución recurrida que existió un incumplimiento contractual por la recurrente, por lo que consecuentemente el recurso se desestima.

TERCERO.- A tenor del artículo 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas causadas en la presente instancia se impondrán a la parte recurrente.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación presentado por la procuradora de los tribunales D^a. María-Luisa Hueto Sáenz en nombre y representación de "**BANCO SABADELL, S.A.**" contra Don Leandro la sentencia de fecha 1 de Octubre de

2015 recaída en los autos seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n°. 18 de Zaragoza bajo el n°. 208/2015, a que el presente rollo se contrae, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con imposición a la parte apelante de las costas procesales causadas en segunda instancia.

Devuélvanse las actuaciones al Juzgado de su procedencia junto con testimonio de la presente para su ejecución y cumplimiento, debiendo acusar recibo.

Se decreta la pérdida del depósito constituido por la parte recurrente al que se le dará el destino que la ley prevea.

Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección (n°. 4899), abierta en Banco de Santander en la Sucursal 8005 sita 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, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así por esta nuestra resolución de la que se llevará testimonio al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando celebrando audiencia pública, esta Sala Segunda, en el mismo día de su fecha, doy fe.

