

Resumen

La Audiencia acuerda desestimar el rec. de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia que estimó parcialmente la demanda sobre reclamación de cantidad derivada de la contratación de un producto financiero entre la actora y la entidad financiera demandada. Alega la entidad financiera apelante que la información suministrada a la actora sobre el producto financiero que ésta adquiriría no fue escueta ni insuficiente, sino que se atenía a la información que para este tipo de instrumentos financieros facilita la CNMV, señalando esta Sala que el recurso no puede prosperar por cuanto 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, 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, no constando en el caso de autos, a diferencia de lo que se afirma en el recurso, que el personal del banco informase adecuadamente a la hoy actora de las características y concretos riesgos de las participaciones preferentes que ésta adquiriría.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 7/1998 de 13 abril 1998. Condiciones Generales de la Contratación art.8.2

Ley 24/1988 de 28 julio 1988. Mercado de Valores art.79.1 , art.79.bis

Ley 26/1984 de 19 julio 1984. General para la Defensa de Consumidores y Usuarios art.10.bis , dad.1

RD de 24 julio 1889. Código Civil art.1902

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	5

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

CONSENTIMIENTO

VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

Error

Trascendente e intrascendente

Supuestos diversos

CONTRATOS BANCARIOS

CUESTIONES GENERALES

LA BANCA EN GENERAL

Publicidad

Otras cuestiones

FUENTES DEL DERECHO

JURISPRUDENCIA

Del Tribunal Supremo

INCONGRUENCIA

ADECUACIÓN DEL FALLO

Términos de la comparación

Aplicación del derecho, principio iura novit curia

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Cliente; Desfavorable a: Entidad financiera

Procedimiento: Apelación, Juicio Ordinario

Legislación

Aplica art.8.2 de Ley 7/1998 de 13 abril 1998. Condiciones Generales de la Contratación

Aplica art.79.1, art.79.bi de Ley 24/1988 de 28 julio 1988. Mercado de Valores

Aplica art.10.bi, dad.1 de Ley 26/1984 de 19 julio 1984. General para la Defensa de Consumidores y Usuarios

Aplica art.1902 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.394, art.398 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.248.4, dad.15 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.10 de Ley 26/1984 de 19 julio 1984. General para la Defensa de Consumidores y Usuarios

Jurisprudencia

Citada en el mismo sentido por SAP Murcia de 3 noviembre 2011 (J2011/260011)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 21 julio 2005 (J2005/116842)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 26 febrero 2004 (J2004/12798)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 26 julio 2002 (J2002/29049)

Cita en el mismo sentido sobre INCONGRUENCIA - ADECUACIÓN DEL FALLO - Términos de la comparación - Aplicación del derecho, principio iura novit curia STS Sala 1ª de 3 diciembre 2001 (J2001/44797)

Cita en el mismo sentido sobre INCONGRUENCIA - ADECUACIÓN DEL FALLO - Términos de la comparación - Aplicación del derecho, principio iura novit curia STS Sala 1ª de 29 diciembre 2000 (J2000/41106)

Cita en el mismo sentido sobre INCONGRUENCIA - ADECUACIÓN DEL FALLO - Términos de la comparación - Aplicación del derecho, principio iura novit curia STS Sala 1ª de 24 diciembre 1999 (J1999/54070)

Cita en el mismo sentido sobre INCONGRUENCIA - ADECUACIÓN DEL FALLO - Términos de la comparación - Aplicación del derecho, principio iura novit curia STS Sala 1ª de 28 diciembre 1998 (J1998/30716)

Cita en el mismo sentido sobre INCONGRUENCIA - ADECUACIÓN DEL FALLO - Términos de la comparación - Aplicación del derecho, principio iura novit curia STS Sala 1ª de 16 octubre 1998 (J1998/21887)

Cita en el mismo sentido sobre INCONGRUENCIA - ADECUACIÓN DEL FALLO - Términos de la comparación - Aplicación del derecho, principio iura novit curia STS Sala 1ª de 17 septiembre 1998 (J1998/18354)

Cita en el mismo sentido sobre INCONGRUENCIA - ADECUACIÓN DEL FALLO - Términos de la comparación - Aplicación del derecho, principio iura novit curia STS Sala 1ª de 24 julio 1998 (J1998/14219)

Cita en el mismo sentido sobre INCONGRUENCIA - ADECUACIÓN DEL FALLO - Términos de la comparación - Aplicación del derecho, principio iura novit curia STS Sala 1ª de 6 mayo 1998 (J1998/3157)

Cita en el mismo sentido sobre INCONGRUENCIA - ADECUACIÓN DEL FALLO - Términos de la comparación - Aplicación del derecho, principio iura novit curia STS Sala 1ª de 18 febrero 1997 (J1997/326)

Cita en el mismo sentido sobre INCONGRUENCIA - ADECUACIÓN DEL FALLO - Términos de la comparación - Aplicación del derecho, principio iura novit curia STS Sala 1ª de 15 junio 1996 (J1996/5057)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 11 marzo 1996 (J1996/953)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 18 octubre 1995 (J1995/5222)

Cita en el mismo sentido STS Sala 4ª de 5 julio 1990 (J1990/7260)

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 Dª 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.-Eur.), 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 desprende 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 omnímoda 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 EDL 1998/43305, en relación con el artículo 10 bis y Disposición Adicional Primera II. 9. y 10. de la Ley 26/1984, de

19 de julio EDL 1984/8937 , 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 EDL 1889/1 , 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) EDJ 2005/116842 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 EDL 1889/1 ; así, las sentencias de 18 de octubre de 1995 (recurso núm. 1245/92) EDJ 1995/5222 , 11 de marzo de 1996 (recurso núm. 2581/92) EDJ 1996/953 , 3 de mayo de 1999 (recurso núm. 3374/94) EDJ 1990/7260 , 10 de octubre de 2002 (recurso núm. 501/97) EDJ 2002/29049 y 7 de abril de este año (recurso núm. 1624/98) EDJ 2004/12798 .

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) EDJ 1996/5057 , 18 de febrero de 1997 (recurso núm. 892/93) EDJ 1997/326 , 24 de julio de 1998 (recurso núm. 918/94) EDJ 1998/14219 , 17 de septiembre de 1998 (recurso núm. 2107/94) EDJ 1998/18354 , 16 de octubre de 1998 (recurso núm. 2165/94) EDJ 1998/21887 , 28 de diciembre de 1998 (recurso núm. 925/94) EDJ 1998/30716 , 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) EDJ 1999/54070 , 29 de diciembre de 2000 (recurso núm. 3602/95) EDJ 2000/41106 y 3 de diciembre de 2001 (recurso núm.

2323/1996) EDJ 2001/44797 , mereciendo destacarse, dentro también de esta línea, la sentencia de 6 de mayo de 1998 (recurso núm. 710/94) EDJ 1998/3157 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 EDL 2000/77463.

QUINTO.- De conformidad con lo establecido en el apartado 9. de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , 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.

FALLO

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 EDL 1985/8754 , haciéndose saber a las partes que no cabe recurso alguno contra ella; y, en su momento, devuélvase 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.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 30016370052011100205