RDMF
Revista de Derecho del Mercado Financiero
Jurisprudencia

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 4
Avda Pedro San Martin S/N
Santander
Teléfono: 942357137
Fax.: 942357143
Modelo: AP004
Procedimiento Ordinario 0000952/2012 - 00
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 2 de Santander

Proc.: **RECURSO DE APELACIÓN**
Nº: **0000331/2013**
NIG: 3907542120120010834
Resolución: Sentencia 000133/2014

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Apelante	LIBERBANK S.A.	CARLOS DE LA VEGA HAZAS PORRÚA
Apelado		ANA MARÍA ALVAREZ MURIAS

SENTENCIA nº 000133/2014

Presidente
D./Dª. Maria Jose Arroyo Garcia

Magistrados
D./Dª. Marcial Helguera Martínez
D./Dª. Joaquin Tafur Lopez de Lemus (Ponente)

En Santander, a 17 de marzo de 2014.

Vistos en trámite de apelación ante esta AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 4 de Cantabria los presentes autos de Procedimiento Ordinario, Rollo de Sala nº 0000331/2013, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 2 de Santander,

En esta segunda instancia ha sido parte apelante LIBERBANK S.A., representado por el Procurador Sr/a. CARLOS DE LA VEGA HAZAS PORRÚA, y defendido por el Letrado Sr/a. JUAN JOSE CALDERON LABAO; y parte apelada , representado por el Procurador Sr/a. ANA MARÍA ALVAREZ MURIAS, y asistido del Letrado Sr/a. JUAN MANUEL BRUN MURILLO.

Es ponente de esta resolución el Iltmo. Sr. Magistrado D/Dña. Joaquin Tafur Lopez de Lemus.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Iltmo. Sr. Magistrado-Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 2 de Santander, en los autos de referencia, se dictó sentencia con fecha 3 de junio de 2013, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:
"Que, con íntegra estimación de la demanda interpuesta por la procuradora Dña. Ana-María Álvarez Murias, a instancia de **Dña.** contra **Liberbank, S.A.**, debo acordar y acuerdo aquí estos pronunciamientos:

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

1/ DECLARO la nulidad del contrato marco de inversión financiera, de la orden de valores y el contrato de cuenta de valores, con sus consecuencias y efectos restitutorios en base al artículo 1303 del Código Civil, por haber vulnerado la demandada normativa imperativa.
2/ En consecuencia de ello CONDENO a la demandada a que reintegre a la actora las cantidades entregadas a la entidad depositaria Caja Cantabria, 20.000€, con más los intereses legales de dicha cantidad, moratorios y procesales, conforme lo expresado en esta resolución.
3/ Todo ello con imposición de costas a la demandada."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia la representación de la ya reseñada parte apelante interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación, que fue admitido a trámite por el Juzgado de Primera Instancia; y tramitado el mismo se remitieron las actuaciones a la Iltma. Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes, habiendo correspondido, por turno de reparto, a esta Sección, donde tras la deliberación y el fallo del recurso, quedaron las actuaciones pendientes de dictarse la resolución correspondiente.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para resolver el recurso, en razón a la existencia de otros asuntos civiles señalados con anterioridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La mercantil demandada (LIBERBANK) se alza contra la meritoria sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santander, en petición de otra que, revocando la anterior, desestime íntegramente la demanda, absuelva a la demandada de las pretensiones que contra ella dedujo la actora, e imponga a ésta las costas de la primera instancia. Seis son los motivos de recurso que plantea la apelante, ninguno de los cuales, ya lo adelantamos, puede prosperar. El primero es novedoso, pues no fue planteado en primera instancia, y mediante él se afirma nada menos que la actitud fraudulenta de la actora en el ejercicio de la acción de nulidad, por pretender con ello un resultado prohibido por el ordenamiento, cual es el previsto en el Real Decreto Ley 24/2012, de 31 de agosto, de Reestructuración y Resolución de entidades de crédito. El motivo debe decaer por dos razones: porque no puede plantearse en segunda instancia lo que dejó de invocarse en la primera, dado el carácter revisorio de la alzada; y porque, obviamente, la ley que cita la apelante sólo podría ser aplicada a los contratos válidos, pero no a los inválidos (que es como si no hubieran nacido), de manera que este primer motivo hace supuesto de la cuestión.

SEGUNDO. El segundo motivo del recurso denuncia la existencia de un error patente en la valoración de la prueba documental y testifical, por haberse realizado de forma ilógica, irrazonable y arbitraria. Según la apelante, (1) la operativa de una participación preferente es sencilla y no compleja; (2) el único riesgo del producto es la solvencia de su emisor, que al tiempo de suscribirse el producto se encontraba fuera de toda duda, al no haberse acreditado lo contrario; (3) el producto no resulta ni mucho

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

menos complejo, toda vez que se trata de una participación perpetua, que cotiza en un mercado secundario donde tenía plena liquidez en el momento de suscribirse; (4) el producto debe valorarse conforme al escenario en el que se comercializó, y "no con el beneficio que da el saber a día de hoy que el producto ha variado no por la voluntad de las partes, sino por imperativo legal"; (5) la hoja de riesgos que la demandante firmó (al folio 508), expresaba con claridad y precisión los riesgos que la suscripción del producto acarreaba.

TERCERO. En la exposición de este motivo, la apelante obvia determinados y trascendentes hechos que la sentencia de primera instancia declara probados, y que no resultan concretamente impugnados ni desvirtuados en el recurso de apelación, como son: (1) que la demandante, de 63 años, carece de estudios o formación académica, y que sus únicos ingresos proceden de una pensión de viudedad, y su ocupación, ser ama de casa; (2) que cliente de la entidad bancaria era, antes de fallecer, el marido de la actora, quien siempre se presentó con un perfil inversor conservador; (3) que en mayo de 2009, tras percibir una indemnización por la muerte de su marido, la demandante dispuso por primera vez de un capital de importancia, y acudió al banco de su confianza (la mercantil demandada), que era el de su marido, con el que éste llegó a trabajar 10 o 15 años; (4) que el empleado de la demandada, que le atendió, se había ganado tanto la confianza del marido de la actora como la de ésta; (5) que no se conoce con precisión la información que, en orden a la suscripción del producto, recibió la demandada; (6) que movida por la recomendación del empleado del banco, la actora se decidió a adquirir 20 títulos de las conocidas como participaciones preferentes; (7) que no se hizo entrega, a la demandante, de ningún folleto informativo, ni se realizó el test de conveniencia, y que tan sólo suscribió una orden de compra, un contrato marco y otro de gestión de valores, donde no consta el vencimiento ni otras características del producto que adquiría; (8) que la demandada actuó "guiada por el consejo de este empleado, que, según él mismo confiesa, no conocía los riesgos del producto que le dio a conocer"; (9) que dicho empleado carece de formación académica, y no había realizado cursos específicos sobre las participaciones preferentes, por lo que se limitaba a obedecer las instrucciones recibidas de su empresa; (10) que la renuncia a realizar el test de conveniencia aparece prerredactada e impresa en el documento-orden de compra que la demandada dio a firmar a la demandante; (11) que el empleado de la demandada dijo a la demandante "que el dinero lo tenía mientras quisiera", y que si se decidía a deshacerse de la inversión "lo podía hacer en dos días y sin ninguna penalización".

CUARTO. Así las cosas, el planteamiento que, en el desarrollo de este segundo motivo, hace la demandada es interesado y, sobre todo, reductivo. Reductivo, porque pretende limitar el acuerdo contractual a lo escrito, prescindiendo de la fase de formación del contrato, que, según los términos de la demanda, fue la que condujo a la actora a errar. Cuando el contrato es complejo, y el de autos indudablemente lo es, y consta cuáles son las condiciones personales de ambos contratantes, cuál su formación, y cuál el perfil inversor del cliente, la fase de formación resulta especialmente relevante en orden a discernir cuál fue la idea del contrato

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

que se formó el cliente, y sobre la cual creyó que contrataba. Por esta razón, el motivo debe decaer, porque no se revela errónea una valoración judicial que ha tenido en cuenta no sólo, ni principalmente, lo escrito, sino la totalidad de la negociación. Y a la vista de las declaraciones prestadas por el empleado de la demandada, este Tribunal, como el Magistrado-Juez de primera instancia, alcanza las siguientes conclusiones: (1) que LIBERBANK incitó a la demandante a suscribir el producto como si un depósito o cuasidepósito bancario se tratara; (2) que LIBERBANK no informó convenientemente a la actora de que la retribución del producto podía desaparecer si la evolución económica del banco era negativa; (3) que LIBERBANK no aclaró a la demandante de que la suerte del producto dependía pura y exclusivamente del estado de cuentas del banco (4) que LIBERBANK no alertó a la demandante de que la real liquidez del producto dependía también de esa cuenta, puesto que si devenía negativa, era previsible que nadie quisiera adquirir un título sin remuneración; (5) que LIBERBANK no aclaró a la actora que esa cuenta podía ser tanto positiva como negativa; (6) que si LIBERBANK hubiera hecho ver a la actora esas contingencias de -futura y posible- no remuneración e iliquidez, la actora no hubiera suscrito el producto; (7) que la información suministrada fue defectuosa, y razonablemente movió a la demandante a error, que sería sustancial y excusable.

QUINTO. Mediante el tercer motivo de recurso, LIBERBANK considera que la sentencia de primera instancia "realiza una interpretación incorrecta de la doctrina del error como vicio del consentimiento, entendiendo concurrentes los requisitos de esencialidad y de excusabilidad". Antes de dar respuesta a este motivo, conviene expresar cinco consideraciones jurídicas. La primera lleva a afirmar que estamos incuestionablemente ante un contrato complejo y creador de importantes riesgos para el cliente. Sostener, como hace LIBERBANK, que estamos ante un producto simple, transparente y con unos riesgos medidos, ciertamente forma parte del derecho de defensa, pero no merece otra respuesta que la que, con amplitud, se expresa en la sentencia recurrida, vista la acertada calificación jurídica del producto y el detallado y certero examen de los riesgos, que se contienen en el fundamento de derecho tercero de la sentencia de primera instancia. Sólo añadiremos que, en los contratos suscritos con los consumidores, el control de transparencia de una cláusula es mayor, y debe ponderar si el consumidor comprende realmente la importancia de dicha cláusula, para lo cual debe ser informado de cuál va a ser el desarrollo razonable de las circunstancias que guardan relación con ella (por ejemplo, mediante simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del contrato). Desde la perspectiva de la protección del consumidor, para que una cláusula vincule a éste se requiere (1) que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula o cláusulas que son relevantes en orden a orden a definir el objeto principal del contrato; (2) que su transparencia permita al consumidor conocer el real reparto de riesgos que entraña el producto; (3) que el consumidor esté perfectamente informado del comportamiento económico y financiero previsible del producto contratado, cuando menos a corto plazo (el futuro a medio y largo plazo resulta siempre imprevisible); (4) que constituye un factor de distorsión de la información el diluir la relevancia de la oferta comercial

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados.

SEXTO. La segunda consideración parte del principio de protección de la confianza, que proscribe que el contratante que mediante actos o sugerencias despierta en otro la idea de que suscribe un contrato de naturaleza distinta de la real, pueda beneficiarse del posible error, al que el primero no fue ajeno. La tercera consideración encuentra su fundamento en el artículo 7 CC, que en impone a los contratantes la obligación legal de conducirse conforme a las exigencias de la buena fe, lo que se traduce en el deber de lealtad en los tratos preliminares y en la fase de formación del contrato, no entendido ciertamente como búsqueda del interés ajeno, pero sí como prevención del indebido perjuicio que pueda sufrir el otro contratante como consecuencia de la falta de información. Cuando un contrato es complejo (y el de autos indudablemente lo es), y presenta importantes riesgos económicos para la otra parte, la medida del deber de buena fe se acrecienta hasta imponer al predisponente la obligación de ofrecer una cumplida, detallada y completa información al cliente acerca de las características del contrato y de los especiales riesgos que para él comporta. Y esto, no simplemente por consecuencia de lo dispuesto en tal o cual decreto o directiva, sino -repetimos- por exigencia misma del deber de lealtad para con la otra parte contratante. Remedando en esto a un destacado autor, puede afirmarse que la deslealtad de una parte es independiente de la actitud de la parte afectada (de su ingenuidad, candidez y actitud confiada), ya que no se puede premiar aquélla con pretexto de la confianza ajena, como si el Derecho debiera ser más protector de los astutos que defensor de los confiados. Como cuarta consideración, diremos que el examen de los requisitos necesarios para que el error de una parte invalide el contrato no puede hacerse en abstracto, como si estuviéramos en un laboratorio, sino ponderando muy en primer lugar la disposición con que se condujeron las partes en la celebración del contrato, especialmente desde la perspectiva de la buena fe (esto es, interpretando los deberes de una y otra parte desde ese punto de vista, y examinando los requisitos del error y de la confirmación también desde esa perspectiva). La quinta consideración, también inspirada en aquel autor, lleva a concluir que más que una monolítica categoría dogmática de vicios del consentimiento, que tenga que ser entendida desde un punto de vista lógico, existe lo que puede llamarse un casuismo dogmatizado o, si se prefiere, una tipificación legal de casos de justicia o injusticia de la vinculación contractual, atendiendo a los hechos ocurridos en el momento de su constitución, de manera que en algunos casos se permite que quien quedó injustamente vinculado por un contrato pueda desligarse de él y obtener una decisión judicial en virtud de la cual las cosas se restituyan o devuelvan al estado que tenían cuando el contrato se celebró.

SÉPTIMO. Pues bien, relacionando estas cinco consideraciones con los hechos que la sentencia declara probados, este Tribunal no puede sino concluir que, aunque es cierto que una lectura detallada del contrato permitía conocer la naturaleza del contrato y los riesgos a él inherentes, por lo que en principio el error de la actora podría resultar no excusable, confluyen dos relevantes circunstancias que convierten en excusable el

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

error padecido por el demandante: la primera, haber actuado en la confianza, suscitada por LIBERBANK, de que firmaba un contrato asimilado a un depósito bancario; y la segunda, la ausencia de buena fe por parte de LIBERBANK en la fase de formación del contrato, deslealtad derivada (1) de la falta de explicación de la naturaleza y riesgos del contrato, (2) y del hecho mismo de ofrecer el producto a una persona que presentaba el perfil de la actora. Y cuando no existe buena fe, ninguna ventaja puede obtener el que sin ella se conduce (artículo 7 CC), lo que, en el plano de los requisitos que debe reunir el error para invalidar un contrato, se traduce en tener por excusable un error que en principio pudiera no serlo.

OCTAVO. En relación con la oferta del producto, especialmente intensa debe reputarse la mala fe de quien, como LIBERBANK, pudo sin dificultades advertir que el perfil humano e inversor de la demandante no se adecuaba al producto ofrecido, y pese a ello lo ofertó. Cuando, como en el caso de autos, un determinado producto bancario no resulta objetivamente adecuado para el inversor, y tal falta de adecuación es fácilmente deducible de la naturaleza del producto, de sus riesgos, y del perfil humano y económico del cliente, la oferta misma resulta desleal, en tanto que potencialmente generadora de un interés contractual que no podrá ponderar con plenitud todos los riesgos asociados al contrato. Invitar a contratar a quien, por sus condiciones y medios, no puede razonablemente hacerse una idea cabal del contrato y de sus riesgos, entraña malicia. Además, cuando ésas son las condiciones de uno y otro contratante, no es admisible que el medio que la norma prevé para garantizar que el cliente reúne los requisitos para suscribir el contrato, pueda ser eludido, ni siquiera mediante renuncia; conclusión que se refuerza en los supuestos en que el cliente es un consumidor. Y cuando esa renuncia se produce en unas circunstancias tan sospechosas como las de autos (sin justificación, mediante una cláusula predispuesta por LIBERBANK e impresa en el contrato), es razonable deducir que el test dejó de realizarse por noluntad de LIBERBANK, o cuando menos presumir que no hubo tal renuncia por parte del cliente, o que el cliente no hubiera superado el test.

NOVENO. Por lo que respecta a la falta de explicación de la verdadera naturaleza del contrato y la de sus riesgos (señaladamente, la contingencia de no recibir remuneración, puesto que ésta se supeditaba a la evolución económica que experimentara la demandada; y la contingencia de iliquidez, derivada de la inexistencia de un mercado primario y de la previsible dificultad, mejor sería decir imposibilidad, de vender el producto si la situación económica de la demandada devenía negativa), hemos de afirmar, primero, que no constituye una simple falta de información, sino que, vistos los reales términos en se produjo la negociación, se erige en instrumento productor o facilitador de error; y segundo, que, por virtud del principio de buena fe que rige las relaciones contractuales, la demandada debió informar a la actora, con claridad, precisión e intensidad, acerca de los siguientes extremos. (1) que si la evolución de LIBERBANK era negativa, la actora dejaría de cobrar intereses; (2) que tal contingencia no se presentaba como una remotísima posibilidad, sino como algo que podría suceder en cualquier tiempo (como

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

así ha acontecido, y en un periodo muy breve de tiempo desde la suscripción del producto); (3) que, en orden a la remuneración, la esencia del contrato no se asimilaba a la de un préstamo, sino más bien a la de una acción, puesto que la retribución dependía en cada momento de la suerte económica que experimentara LIBERBANK; (4) que si ése era el régimen retributivo del producto, la demandada, por virtud del aludido deber general de actuar conforme a la buena fe que rige la contratación, hubo de informar a la actora acerca cuál sería la razonable evolución económica futura de LIBERBANK, o al menos haberle aclarado -en términos comprensibles- cuál era su real estado de cuentas en el momento de la contratación.; (5) que no siendo siquiera pensable que la actora hubiera podido formarse una idea clara de esa realidad, ni aunque la demandada se hubiera tratado de explicársela, de ello se sigue que resultaba improcedente incitar a clientes de un perfil como el de la actora, a suscribir un contrato tan complejo y potencialmente dañino para ella como el de autos.

DÉCIMO. Mediante el cuarto motivo de recurso, la demandada sostiene que hubo confirmación tácita del pretendido error (transcurso del tiempo, cobro de intereses), motivo que debe decaer por dos razones. La primera, porque si la confirmación exige la plena conciencia del error sufrido, en el caso de autos ésta sólo se produjo a partir del momento en que el contrato empezó a ser perjudicial para el demandante, momento en que tomó conciencia de su verdadera naturaleza, sin que, por lo demás, la falta de una reacción inmediata constituya un acto convalidante, pues es razonable que transcurra un tiempo entre la toma de conciencia del error y el ejercicio de la acción de anulación. La segunda razón estriba en que si, como sucede en autos, el contrato no ha sido enteramente cumplido, la pura falta de ejercicio de la acción de anulación, unida al paso del tiempo, no supone ningún comportamiento concluyente que sea incompatible con el ejercicio futuro de dicha acción, de manera que la pasividad no puede ser tenida como confirmación tácita.

UNDÉCIMO. El quinto motivo de recurso denuncia la infracción del artículo 217 LEC, por no haber probado la demandante, pese a corresponderle, haber contratado mediando error del consentimiento. El motivo debe entenderse ya contestado al tratar de los anteriores. Mediante el sexto y último motivo de recurso, la demandada denuncia "infracción del artículo 1307 en relación al 1303 del Código Civil, pues la sentencia recurrida no restituye a ambas partes a la situación patrimonial que tenían antes de la pérdida de la cosa y de la concurrencia del declarado error en el consentimiento, al imputar a mi mandante el perjuicio de la pérdida de la cosa". Este motivo es absolutamente novedoso, no planteado ni sugerido en la primera instancia, razón por la cual no ha podido ser tratado ni resuelto por la sentencia recurrida. Por ello, y dado el carácter revisorio de la apelación,, no puede ser siquiera objeto de conocimiento en esta alzada.

DUODÉCIMO. Por cuanto antecede, es visto que el recurso de apelación debe ser íntegramente desestimado, con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante, al rechazarse todos los motivos de recurso y no presentar la resolución de éstos serias dudas de hecho o de derecho (arts. 398 y 394 LEC).

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de su Majestad el Rey,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la representación de la mercantil LIBERBANK, S.A., contra la ya citada sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander, la que debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes, con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Contra esta Sentencia cabe interponer recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación.

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

PUBLICACION.- La precedente Sentencia ha sido leída y publicada por el Iltmo. Sr. Magistrado Ponente en el día de su fecha de lo que yo el Secretario doy fe.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/