

**AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCIÓN CUARTA
ALICANTE**

NIG: 03014-37-2-2012-0001818

Procedimiento: RECURSO DE APELACION (LECN) N° 000383/2012-

Dimana del Juicio Ordinario N° 000794/2011

Del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 9 DE ALICANTE

Apelante/s: BANCO CAM S.A.U.

=====

Ilmos. Sres.:

Presidente

D.Federico Rodríguez Mira

Magistrados

D. Manuel B. Flórez Menéndez

D^a. Paloma Sancho Mayo

=====

En ALICANTE, a veintisiete de septiembre de dos mil doce

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados antes citados y

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA N° 000377/2012

En el recurso de apelación interpuesto por la parte Demandada BANCO CAM S.A.U.,, habiendo sido Ponente la Ilma. Sra. D^a. PALOMA SANCHO MAYO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 9 DE ALICANTE, en los autos de juicio Juicio Ordinario - 000794/2011 se dictó en fecha 15-09-2011 sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"Que **ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA** presentada en su día por la procuradora.....

1. **CONDENO** a la Entidad Banco CAM SAU, a abonar a los demandantes la suma de TRESCIENTOS NUEVE MIL VEINTIUN EUROS CON CUARENTA Y CUATRO CENTIMOS DE EURO (309.021,44 €) , en restitución del importe de las participaciones del Royal Bank of Scotland que los demandantes aún poseen.
2. **DECLARO LA NULIDAD ABSOLUTA por vulneración de normas imperativas** del contrato suscrito entre las partes en fecha 14 de Julio de 2006 por el queadquirieron participaciones preferentes del Royal Bank of Scotland.
3. Se impone al Banco CAM S.A.U. el pago de todas las costas del proces."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la parte Demandada BANCO CAM S.A.U., habiéndose tramitado el mismo por escrito ante el Juzgado de instancia, en la forma prevista en la L.E.C. 1/2000, elevándose posteriormente los autos a este Tribunal, donde quedó formado el correspondiente rollo de apelación 000383/2012 señalándose para votación y fallo el día 26-09-2012.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La Sentencia recaída en primera instancia se dicta en un procedimiento sobre nulidad de contrato de adquisición de participaciones del Royal Bank of Scotland e indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual, y dada la estimación de la demanda, es objeto de recurso por la representación de la entidad financiera demandada, Caja de Ahorros del Mediterráneo. En su escrito de interposición considera que ha existido una errónea valoración de la prueba practicada, ya que el producto financiero concertado por ambos demandantes, fue contratado con la debida información de estos, contratándolo con pleno conocimiento de causa, adaptándose a sus deseos y necesidades a través de la información verbal, ya que el producto estaba sujeto como todos, al riesgo de solvencia de las emisiones, y además no existía obligación legal de entrega del denominado "folleto informativo" como complemento a la información necesaria.

También se manifestó por la apelante que las participaciones contratadas, aún pudiendo ser complejas, no eran difíciles de comprender,

existiendo igualmente diversos productos ya contratados por los demandantes de características similares que fueron concertados por ellos, no existiendo nexo causal alguno entre la actuación de la Caja de Ahorros recurrente y la pérdida patrimonial sufrida por los apelados. Su resultado negativo fue un hecho absolutamente imprevisible en el mercado financiero, gozando el producto contratado de una buena solvencia inicial, a tenor de las calificaciones crediticias que tenía, habiendo percibido los recurrentes un importante interés durante las primeras anualidades.

SEGUNDO.- A la hora de resolver la cuestión debatida debe tenerse en cuenta que nos encontramos en el ámbito de una acción de nulidad contractual, instada por un pretendido error o dolo invalidante del consentimiento, y acumuladamente, ante una acción distinta, como es la dirigida a exigir responsabilidad a la entidad intermediaria por falta de información suficiente, no necesariamente relevante a efectos de invalidar el consentimiento, pero sí incompleta o no totalmente exacta, ya que siempre la diligencia profesional específica se presume salvo prueba en contrario a la entidad de inversión, que está investida con un deber de información riguroso, adaptado a las características de la operación a contratar en cada caso y encaminada a que los adquirentes finales del producto financiero lo pudieran adquirir a sabiendas de las condiciones y riesgos que comportaba la operación.

Por ello son varios los motivos de oposición a la resolución que se apela tendentes a acreditar que el consentimiento fue validamente prestado por los demandantes a la hora de contratar el producto objeto de litigio.

Alegan en primer lugar que se ha cumplido en todo momento la obligación de información sobre lo que se pretendía contratar. De la prueba practicada se deduce que los demandantes, pese a haber realizado algunas inversiones previas con la entidad demandada, no se encontraban por sus condiciones y trabajos bajo el perfil de grandes inversores como pretende la Caja de Ahorros. El es fontanero de profesión y la Sra. trabaja como dependienta a tiempo parcial en una tienda de colchones. Los demandantes habían invertido en los productos cuestionados el importe de un pagaré a su favor y la cantidad obtenida por la venta de unos terrenos de su propiedad (folios 26 y ss).

La información recibida se realiza de forma verbal en la oficina con la que habitualmente trabajaban y únicamente facilitada al Sr. ... (ya que la esposa del mismo y también codemandante no asistió a ninguna de ellas) y la recogida en dos hojas manuscritas en las que se reseñan diversas ofertas financieras de condiciones similares a la finalmente contratada (folios 24 y 25). De ello se advierte que tanto el Sr., eran personas que pretendía

invertir sus ahorros, con disponibilidad de los mismos en un periodo de tiempo razonable y a un interés lo mas satisfactorio posible, como se deduce de las citadas hojas, en las que se reseñaba una fecha de vencimiento de los productos ofertados, siguiendo las mismas pautas que ya habían realizado previamente con alguna otra inversión en bolsa, planes de pensiones o renta fija.

Se argumenta también la inexistencia de obligación de entregar un folleto informativo de la emisión, extremo que no afecta a la defectuosa información aportada como bien recoge la sentencia y esta Sala comparte. Al presente supuesto no es de aplicación el art. 27 de la Ley del Mercado de Valores, ni la Directiva Comunitaria 2003/71 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 que establece en su artículo 3 que "los Estados miembros no autorizarán ninguna oferta de valores al público dentro de su territorio sin publicación previa de un folleto...". Pero en el presente supuesto no era exigible, al tiempo de suscribir la orden de compra, la entrega del folleto, pues este ya se hallaba admitido a cotización en un mercado secundario oficial, por lo que no puede estimarse infringido el derecho a ser informado por la entidad por el mero hecho de que no se facilitase a la suscripción del producto el folleto registrado, pues, dada la confianza entre las partes contratantes, no consta siquiera que fuera solicitado.

TERCERO.- En el caso que nos ocupa, es evidente la complejidad del contrato formalizado por las partes el día 21 de julio de 2006 (folios 30 y 31), no solo por su funcionamiento sino también por el completo conocimiento de su real alcance, dadas las condiciones finalmente contratadas. Del contrato en cuestión y de las manifestaciones del representante de la demandada que declaró en el plenario, D., (gestor personal de inversiones de la CAM) se deduce que bajo el epígrafe general de "compra de renta fija a vencimiento" se estaba suscribiendo un contrato de deuda privada perpetua como participaciones preferentes del Royal Bank of Scotland, supeditadas al cobro de beneficios del emisor y de carácter perpetuo que solo puede ser amortizado en determinados periodos pero sin un vencimiento final, lo que implica que solo puede ser recuperado el importe inicial de la inversión en determinadas fechas o puede no devolver nunca el capital si no quiere el emisor, en todo caso el cobro de los cupones depende de los beneficios que obtenga éste.

En el plenario declararon tanto el representante designado por la demandada, D. (asesor en materia financiera y de inversiones de la CAM), como la directora de la oficina con la que operaban los demandantes, D^a., y de sus manifestaciones cabe concluir que el producto que ofertaron a éstos podía calificarse de los de alto riesgo, ya que se perdía la

total disponibilidad del dinero, no tenía plazo concreto de vencimiento final, y los beneficios estaban condicionados a los resultados económicos del banco emisor, por lo que exige disponer de información muy precisa acerca de los mecanismos y evolución previsible de los mercados financieros, ya que de ello dependerá el cobro de los beneficios.

De las pruebas de interrogatorio realizadas, se deduce que los demandantes no tienen experiencia suficiente ni formación en materia financiera, por lo que se fiaron en todo momento de las recomendaciones del personal de la Caja, en concreto la directora de la oficina en el momento de la contratación,, antiguo director de esa misma oficina, al que pidieron que les acompañara dada la confianza que tenían en este, puesto que les había asesorado en otras operaciones anteriores. Por ello, como recoge la sentencia de la instancia, si suscribieron los productos, fue porque así se lo aconsejaron e insistieron.

De la prueba practicada se desprende entonces que la información facilitada a la parte contratante por la Caja de Ahorros del Mediterráneo, fue deficiente o incompleta, lo que ha de considerarse en el presente caso como ocultación dolosa determinante de un error invalidante del consentimiento, puesto que afecta a elementos esenciales del objeto del contrato, como es el riesgo asumido. Las órdenes de compra encargadas (folios 30 y 31) en las que se hace constar únicamente el tipo de producto, su importe y su rendimiento, ha de concluirse, como realiza la resolución de instancia, que las participaciones preferentes aquí contratadas bajo el epígrafe de "contrato de renta fija a vencimiento", son productos vinculados a una retribución y a la obtención de beneficios de la entidad que la emite, con duración perpetua, siendo posible su cancelación únicamente por voluntad por la entidad emisora en alguna de la ventanas que se fije (denominadas call) así como el alto coste de cancelación en su caso o incluso la imposibilidad de la cancelación misma con pérdida del importe suscrito inicialmente, y estando vinculado el valor de la inversión a la solvencia del emisor, no precisando de mayores indicaciones para su suscripción y para la fijación de su régimen, en este caso el establecido directamente por Royal Bank of Scotland.

Como ha quedado de manifestado de la prueba practicada, la oferta de estos productos partió de la propia Caja, y en ningún momento los actores recibieron otro asesoramiento distinto del facilitado por los empleados de la sucursal, estando los demandantes en la creencia que la fecha de vencimiento o "call", recogida en el contrato, era la fecha de vencimiento total de la obligación contraída, no una fecha concebida para que el Banco emisor, si a este le convenía, retornara el dinero invertido a los contratantes. Como así ocurrió con la venta anticipada de 12 participaciones, las cuales dado el escaso

tiempo transcurrido entre la contratación y la venta, hizo creer a los demandantes que era posible la cancelación de las mismas en la fecha fijada en el contrato como "Call".

CUARTO.- Las consideraciones anteriores, han de conducir a la desestimación del presente recurso. Las omisiones en la información ofrecida por la CAM sobre aspectos principales del contrato, unida a que la facilitada era en muchos aspectos equívoca, hubo de producir en los clientes un conocimiento equivocado sobre el verdadero riesgo que asumía, ante la posibilidad de perder la totalidad del capital invertido, incurriendo así en error sobre la esencia del contrato, de entidad suficiente como para invalidar el consentimiento de acuerdo con lo establecido en el Código Civil en su art. 1265 cuando establece "será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo" y mas tarde el art. 1266 concreta "para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo". Y como ha quedado expuesto se plasma en la complejidad del producto financiero, la información, o más bien falta de información adecuada facilitada por la entidad demandada, a los deberes que a ésta incumbían y a que los demandantes no tiene la condición de expertos financieros como pretende atribuirles, pese ha haber concertado otros productos del mercado, lo que no infiere en los contratantes unos conocimientos financieros relevantes en cuanto al contrato suscrito, para que resulte patente que su error debe calificarse de excusable a estos efectos.

Por ello y como lógica conclusión de lo expuesto, con base en el art. 1303 del Código Civil que establece: "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con los frutos, y el precio con los intereses", es lógico como recoge la resolución, la condena a la demandada a abonar a los demandantes la suma de 309.021,44 euros, en restitución del importe de las participaciones que todavía están en poder de los actores, cantidad no cuestionada en el presente recurso.

No obstante lo anterior el recurso de la Caja de Ahorros del Mediterráneo alude al silencio de la sentencia sobre la restitución de los 305 títulos del Royal Bank of Scotland o en su caso la cesión de la totalidad de los derechos económicos que se deriven de los mismos. Nada impide realizar esta modificación, entendiendo que no se trata propiamente de una estimación del recurso sino mas bien es una conclusión a lo recogido en la propia resolución,

ya que constituía materia propia de una petición de aclaración o complemento que no fue oportunamente realizada.

QUINTO.- Dada la desestimación íntegra del recurso de apelación procede la condena en costas de la apelante al amparo de los artículos 394-1 y 398-1 LEC.

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

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Caja de Ahorros del Mediterráneo representados por el Procurador Sr. Manzanaro Salines, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Alicante, con fecha 15 de septiembre de 2011, en las actuaciones de que dimana el presente rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, si bien completarla en el sentido de acordar la entrega a los demandados de los 305 títulos del Royal Bank of Scotland que se encuentran en poder de los demandantes, así como la cesión de sus derechos económicos que dichos títulos generen en el futuro, imponiendo a la parte apelante el pago de las costas causadas en esta instancia.

Dese al depósito constituido para el presente recurso el destino legal.

Esta sentencia será susceptible de recurso de casación por interés casacional, siempre que se cumplan los específicos presupuestos de este recurso que prevé el art. 477-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El recurso deberá interponerse por medio de escrito presentado ante esta Sala en plazo de veinte días.

Notifíquese esta resolución a las partes conforme a lo establecido en los artículos 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 208.4 y 212.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, y, en su momento, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, interesando acuse de recibo, acompañado de certificación literal de la presente a los oportunos efectos, uniéndose otra al Rollo de apelación.

Así por esta nuestra sentencia, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

