

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN

SECCIÓN TERCERA

Rollo de apelación civil número 684 de 2.015

Juzgado de 1ª Instancia número 5 de Castellón

Juicio Ordinario número 886 de 2.014

SENTENCIA NÚM. 130 de 2.016

Ilmos. Sres.:

Presidente:

Don JOSÉ-MANUEL MARCO COS

Magistrados:

Don ENRIQUE-EMILIO VIVES REUS

Don RAFAEL GIMÉNEZ RAMÓN

En la Ciudad de Castellón, a veintitrés de marzo de dos mil dieciséis.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón, constituida con los Ilmos. Sres. referenciados al margen, ha visto el presente recurso de apelación, en ambos efectos, interpuesto contra la Sentencia dictada el día veintiocho de julio de dos mil quince por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de 1ª Instancia número 5 de Castellón en los autos de Juicio Ordinario seguidos en dicho Juzgado con el número 886 de 2014.

Han sido partes en el recurso, como apelante, Banco Sabadell, S.A., representado/a por el/a Procurador/a D^{ra}. Carmen Rubio Antonio y defendido/a por el/a Letrado/a D^{ra}. Ana María Martínez Carrillo, y como apelados, Don

, representado/a por el/a Procurador/a D^a. Eva M^a Pesudo Arenós y defendido/a por el/a Letrado/a D^a. Juan José Ortega García.

Es Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. Don Enrique-Emilio Vives Reus.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Fallo de la Sentencia apelada literalmente establece: “*Que ESTIMANDO la demanda presentada por la procuradora D^a. Eva María Pesudo Arenos, en nombre y representación de*

contra la entidad BANCO SABADELL, SA, DEBO DECLARAR Y DECLARO LA NULIDAD de las ordenes de compra suscritas con los actores fechadas el 20 de septiembre de 2007, que quedan sin efecto, Y DEBO CONDENAR Y CONDENO a la parte demandada a que abone a la parte actora la suma de CIENTO VEINTISIETE MIL SESCIENTOS NOVENTA Y CINCO EUROS (127.695 €), más intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda.

Con expresa imposición de costas procesales a la parte demandada.-”.

SEGUNDO.- Notificada dicha Sentencia a las partes, por la representación procesal de Banco Sabadell, S.A., se interpuso recurso de apelación, en tiempo y forma, en escrito razonado, solicitando se dicte Sentencia desestimando íntegramente la demanda con imposición de costas a la parte actora.

Se dio traslado a la parte contraria, que presentó escrito oponiéndose al recurso, solicitando se dicte sentencia desestimando el recurso de apelación con imposición de costas causadas en la alzada a la parte apelante.

Se remitieron los autos a la Audiencia Provincial, correspondiendo su conocimiento a esta Sección Tercera, en virtud del reparto de asuntos.

Por Diligencia de Ordenación de fecha 23 de octubre de 2015 se formó el presente Rollo y se designó Magistrado Ponente, se tuvieron por personadas las partes y por Providencia de fecha 14 de enero de 2016 se señaló para la deliberación y votación del

recurso el día 2 de febrero de 2016, llevándose a efecto lo acordado.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales de orden procesal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por D.

se presentó el 17 de junio de 2.014, demanda de juicio ordinario contra la entidad "Banco de Sabadell, S.A.", en ejercicio de la acción de nulidad de la compraventa de valores consistente en Bonos Estructurados, solicitando en el suplico: A) se declare la nulidad por vicio en el consentimiento al haber sido prestado por error por los demandantes, condenando a la entidad demandada a devolver a los actores la suma de 99.534 euros, más el interés legal desde la fecha de la inversión, que ascienden a la suma de 28.161 euros, lo que da un total de 127.695 euros, más el interés legal de dicha cantidad desde la demanda hasta que se dicte sentencia, incrementado en dos puntos desde la fecha de la misma, así como las costas procesales. B) Subsidiariamente, se declare el incumplimiento por parte de la entidad demandada de su obligación de lealtad e información en la venta de dicho producto financiero, condenando a la entidad demandada al pago de la cantidad anteriormente indicada.

Se fundamenta la pretensión de la parte actora en los siguientes hechos, expuestos en síntesis: El 20 de septiembre de 2.007 los demandantes suscribieron una orden de compra con el Banco de Urquijo (actualmente perteneciente al Banco de Sabadell) de dos bonos estructurados por un importe de 200.000 euros. Un mes después suscribieron los actores un contrato de préstamo con la citada entidad con independencia de la contratación de los bonos. A la fecha de vencimiento de los bonos el Banco devolvió a los actores el importe de 100.465 euros, de los 200.000 invertidos, lo que ha supuesto una pérdida para los demandantes de 99.534 euros. La entidad bancaria no facilitó información alguna a los demandantes, no realizando test ni proporcionando folleto alguno, indicándoles su asesor personal que la restitución de la inversión estaba garantizada y que sólo los rendimientos podían variar, lo que no era cierto por cuanto al llegar el vencimiento de los bonos los demandantes perdieron la mitad de su inversión y no obtuvo rentabilidad alguna. El

demandante es empresario del sector cerámico y D^a es ama de casa, no teniendo ningún tipo de relación con los mercados financieros, por lo que deben calificarse como clientes minoristas y por tanto acreedores del nivel máximo de protección en la comercialización de productos financieros. La falta de información por parte de la entidad bancaria provocó un error en los demandantes al contratar, al asegurarles la entidad demandada que su inversión era segura y no implicaba riesgo alguno respecto al capital invertido.

Por el Banco Sabadell, S.A. se contestó a la demanda oponiéndose a la pretensión de la actora solicitando se desestimara la demanda, con fundamento en los siguientes hechos, expuestos en síntesis: Con carácter previo alega la excepción de falta de acción por entender, en primer lugar, que no puede ejercitarse una acción de nulidad relativa por tratarse de un contrato que venció el 25 de octubre de 2010. En segundo lugar, por cuanto la acción de anulabilidad está caducada. En cuanto al fondo del asunto, alega que la parte actora prestó su consentimiento para la compra de los bonos estructurados siendo perfecta conocedora de las características del contrato que suscribió. La entidad bancaria facilitó a los demandantes una explicación detallada, precisa y clara de las características del contrato y de sus riesgos y muy especialmente de que podían sufrir pérdidas. En los documentos remitidos al domicilio de los demandantes consta que en el año 2009 la inversión sufrió pérdidas por importe de 49.130 euros, sin que los actores efectuaran queja alguna. El demandante Sr. es una persona que está al tanto de sus inversiones, solicitando constantemente que se le mantenga al día de los datos económicos que afectan a las mismas, como lo demuestran los correos electrónicos que mantuvieron el Sr. con el gestor de la entidad D. en noviembre y diciembre de 2008. El demandante conocía sobradamente uno de los principios básicos de cualquier inversión como es que a mayor rentabilidad mayor riesgo, por lo que es difícil de creer que desconociera que existía riesgo de pérdida de inversión o que creyera que la misma estaba garantizada al contratar el bono con una rentabilidad de un 18% inicial.

La sentencia de primera instancia estimó en su integridad la demanda declarando la nulidad de las órdenes de compra suscritas el 20 de septiembre de 2007 y condenando a la entidad demandada a abonar a la parte actora la cantidad de 127.695 euros, más los intereses legales desde la fecha de la presentación de la demanda, imponiendo a la demandada las costas procesales. Rechaza la sentencia la excepción de caducidad de la

acción ejercitada. En cuanto al fondo del asunto se argumenta que siendo el bono estructurado un producto financiero de elevado riesgo se exige de la entidad financiera comercializadora una información detallada de sus características y de sus riesgos. Los demandantes son clientes minoristas no cualificados, al no existir prueba alguna sobre su experiencia inversora, habiendo declarado el empleado de la entidad demandada Sr.

que se comercializó como producto de renta fija normal e incluso el banco creía que estaba garantizado. No existe prueba alguna acreditativa de haber informado a los actores con la debida claridad de la posibilidad de perder una importante parte del capital invertido. Por tanto, se incurrió en error por parte de los demandantes al contratar, lo que determina la anulabilidad del contrato por vicio del consentimiento.

Contra dicha sentencia interpone recurso de apelación la entidad demandada solicitando su revocación y en su lugar se desestime la demanda contra ella formulada.

SEGUNDO.- Como primer motivo del recurso viene a reiterar la parte apelante la excepción de caducidad de la acción de anulabilidad del contrato ejercitada por la parte actora. Argumenta la parte recurrente que el plazo de ejercicio de la acción de anulabilidad es el de cuatro años, conforme establece el artículo 1.301 del Código Civil, cuyo plazo es de caducidad, conforme tiene declarado la moderna doctrina jurisprudencial. Plazo de caducidad que se inició en el mes de noviembre del año 2.008, cuando el actor tuvo cabal conocimiento de la causa que justificaba el ejercicio de la acción, al interesarse mediante correo electrónico por la evolución de la cotización de los bonos.

Como expone la parte apelante, el plazo de ejercicio de la acción de anulabilidad del contrato es un plazo de caducidad y no de prescripción, cuyo plazo se inicia en el momento en que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción, como así ha declarado la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 12 de enero de 2.015.

En el presente caso los demandantes tuvieron completo conocimiento de las características del producto financiero y de su elevado riesgo, en concreto de la posibilidad de pérdida de parte del dinero invertido, en el momento de su vencimiento en fecha 25 de octubre de 2.010, cuando la entidad bancaria devuelve a los actores la suma de 100.465 euros, en lugar de los 200.000 euros invertidos.

Es evidente que los demandantes sabían que no contraron un depósito a plazo, pero no es más cierto que de la escasa información dada por la entidad demandada y por lo que les fue manifestado por el empleado de la entidad, creían que dicho producto tenía el capital garantizado si bien su rentabilidad dependía de la evolución de la cotización.

En consecuencia, el cómputo del plazo de caducidad se inició el 25 de octubre de 2.010, fecha de vencimiento del bono estructurado, por lo que habiendo sido presentada la demanda el 17 de junio de 2.014, es indudable que la acción no está caducada.

Se alega por la parte apelante que ha tenido lugar una confirmación del contrato cuya nulidad se pretende por cuanto el demandante conocía los términos de la orden de compra, como lo demuestra su interés por conocer, con reiterada periodicidad, la cotización de los valores adquiridos.

La argumentación de la parte apelante no se comparte. El artículo 1.311 del Código Civil exige, para que tenga lugar la confirmación tácita del contrato, que la parte tenga conocimiento de la causa de nulidad y una vez ésta haya cesado, se ejecute un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo. En el presente caso, como anteriormente se ha indicado, el actor tuvo pleno conocimiento del error en la fecha de vencimiento del producto, cuando se le devolvió por la entidad demandada parte del total invertido, sin que a partir de la citada fecha haya realizado acto alguno del que se desprenda que tuvo la voluntad de renunciar al ejercicio de la acción.

TERCERO.- Como segundo motivo del recurso se alega la inexistencia de vicio o error en el consentimiento por parte del actor. Argumenta la parte apelante que el demandante sabía que el capital del bono estructurado no estaba garantizado, como así se hace constar en los documentos que suscribió, siendo, por tanto plenamente consciente de que realizaba la contratación de una inversión con alta rentabilidad que no aseguraba el capital invertido.

Conviene recordar de nuevo en esta cuestión lo que ha venido a establecer la Sentencia ya citada del Pleno del Tribunal Supremo, de fecha 12 de enero de 2015, al indicar que *“Dijimos en la sentencia de pleno num. 840/2013, de 20 de enero de 2014, que el incumplimiento por las empresas que operan en los mercados de valores de los deberes*

de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes puede incidir en la apreciación del error, y más concretamente en su carácter excusable.

La normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes, no solo a los efectivos, también a los potenciales.

La Ley del Mercado de Valores, en la redacción anterior a la transposición de la Directiva MiFID, que es la aplicable por razones temporales, dedica el título VII a las normas de conducta que han de observar, entre otras, las empresas que presten servicios de inversión. El art. 79 LMV establece como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de « asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...] ». ».

Dicha previsión normativa desarrolla la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, por lo que ha de interpretarse conforme a dicha directiva. Los arts. 10 a 12 de la directiva fijan un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las empresas de servicios de inversión respecto de sus clientes. Tras prever en su art. 11 que los Estados debían establecer normas de conducta que obligaran a las empresas de inversión, entre otras cuestiones, a « informarse de la situación financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversiones y sus objetivos en lo que se refiere a los servicios solicitados [...] ; a transmitir de forma adecuada la información que proceda en el marco de las negociaciones con sus clientes », establece en su art. 12: « La empresa deberá indicar a los inversores, antes de entablar con ellos relaciones de negocios, qué fondo de garantía o qué protección equivalente será aplicable, en lo que se refiere a la operación o las operaciones que se contemplen, la cobertura garantizada por uno u otro sistema, o bien que no existe fondo ni indemnización de ningún tipo. [...] »

El alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor es detallado en las normas reglamentarias de desarrollo de la Ley del Mercado de Valores. El Real

Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por razones temporales, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, solicitando de sus clientes información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. Especial rigor se preveía en lo relativo a la información que las empresas debían facilitar a sus clientes (art. 5 del anexo): «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 [...]. 3. 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.»

La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995, que desarrollaba parcialmente el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo de 1993, establecía en su art. 9 : «Las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. Dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para los mismos».

El incumplimiento por la demandada del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a sus clientes, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable.

Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y

asesoraba. Como declaramos en la sentencia de pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, «la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente».

Cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, y le impone esa obligación con carácter previo a la celebración del contrato y con suficiente antelación, lo que implica que debe facilitar la información correcta en la promoción y oferta de sus productos y servicios y no solamente en la documentación de formalización del contrato mediante condiciones generales, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (art. 12 Directiva y 5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico”.

En el caso enjuiciado, como se expone en la sentencia recurrida, no consta que se informara al demandante de las características del producto financiero que se le ofrecía y se ocultaba además la existencia de los riesgos de la inversión y de las posibilidades de la pérdida del capital invertido. No se efectuó un test de conveniencia ni de idoneidad. Esa falta de información precontractual y contractual, determina entender justificado en este

supuesto la concurrencia de un error en el consentimiento prestado por el actor que justifica la declaración de nulidad del contrato, encontrándonos ante un supuesto similar al de la Sentencia del Tribunal Supremo, tantas veces reiterada, de fecha 12 de enero de 2015, en el que se concluyó también que *“el consentimiento fue viciado por error por la falta de conocimiento adecuado del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente que lo contrata una representación mental equivocada sobre las características esenciales del objeto del contrato, debido al incumplimiento por la empresa de inversión demandada de los deberes de información que le impone la normativa del mercado de valores cuando contrata con clientes respecto de los que existe una asimetría informativa”*.

Como se indica en el informe emitido por la Comisión Nacional de Valores, acompañado al escrito de demanda bajo n° 7 de documentos (folios 56 a 59 de los autos), el Bono Estructurado comercializado por la entidad demandada al actor es un producto financiero de riesgo elevado por cuanto no existe garantía sobre el capital pudiendo sufrir elevadas pérdidas, lo que exigía de la entidad demandada una detallada información sobre las características del producto y, en especial, sobre la posibilidad de sufrir elevadas pérdidas, no constando acreditado que se informara de ello al demandante.

De especial interés resultan las manifestaciones vertidas en el acto del juicio por el testigo D. _____, quien fue director de la sucursal bancaria demandada. El citado testigo manifestó que “si bien él personalmente no comercializó dicho producto financiero al actor, cuyo producto se comercializó en la sucursal bancaria de la que era director, sí que conocía al demandante, aunque desconocía la cultura financiera del mismo. El producto se comercializó en la citada sucursal bancaria como producto híbrido, que funcionaba en realidad como producto de renta fija, y se comercializaba no como producto de riesgo elevado sino de riesgo moderado”, cuando en realidad los bonos estructurados son productos de riesgo elevado como anteriormente se ha expuesto.

De la manifestación del citado testigo se desprende que la entidad bancaria demandada no informó al demandante de las características del producto ni de su elevado riesgo, lo que provocó en el actor ese error que vicia su consentimiento en el momento de la perfección del contrato.

Se argumenta por la parte apelante que el hecho de remitir el actor a la entidad demandada diversos correos electrónicos en el año 2.008, interesándose por la cotización del producto demuestran que conocía los riesgos de la operación. Sin embargo, como se razona en la sentencia recurrida, ello no demuestra que el demandante tuviera conocimientos financieros que le hicieran comprender las características del bono estructurado, que contrataba por primera vez, ya que las anteriores operaciones realizadas por el mismo se habían limitado a depósitos a plazo y a la contratación de un fondo de inversión. Lo que pudo conocer el actor es que la rentabilidad del bono estructurado dependía de su cotización, pero no consta que supiera, por cuanto no se le había informado, que pudiera sufrir pérdidas del capital invertido, como así se desprende de las manifestaciones del testigo director de la sucursal, al indicar que el demandante al comprobar la pérdida sufrida en parte del capital invertido mostró su disgusto por creer que no se le había informado de ello.

Las anteriores consideraciones conducen a la desestimación del recurso de apelación y a la confirmación de la sentencia de primera instancia por sus propios y acertados razonamientos, los cuales se dan aquí por reproducidos.

CUARTO.-En cuanto a las costas de la alzada la desestimación del recurso de apelación determina que se impongan a la parte apelante, a tenor de lo establecido en los artículos 398-1 y 394-1 ambos de la L.E.C.

Dicho pronunciamiento principal determina, igualmente, la pérdida para la parte apelante del depósito constituido para recurrir, atendida la Disposición Adicional Decimoquinta n.9 LOPJ, al que se le dará el destino previsto en dicha disposición.

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

FALLAMOS

Que **desestimando** el recurso de apelación formulado por la representación procesal de “Banco Sabadell, S.A.” contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Castellón en fecha veintiocho de Julio de dos mil quince, en autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 886 de 2.014, **debemos confirmar y confirmamos** la resolución recurrida, imponiendo a la parte apelante las costas causadas en esta alzada.

Se acuerda la pérdida de la cantidad consignada como depósito para recurrir al desestimar el recurso de apelación.

Notifíquese la presente Sentencia, haciendo saber a las partes que contra la misma cabe interponer recurso extraordinario por infracción procesal y de casación por interés casacional y, una vez firme, remítase testimonio de la misma, junto con los autos principales al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.