

Roj: SAP V 1480/2014
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Valencia
Sección: 9
Nº de Recurso: 881/2013
Nº de Resolución: 90/2014
Procedimiento: CIVIL
Ponente: GONZALO MARIA CARUANA FONT DE MORA
Tipo de Resolución: Sentencia

ROLLO núm. 881/13 - K -

SENTENCIA número 90/14

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION NOVENA

Ilmos. Sres.:

D. Gonzalo Caruana Font de Mora
D^a María Antonia Gaitón Redondo
D^a Purificación Martorell Zulueta

En la ciudad de Valencia, a 24 de marzo de 2014.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Gonzalo Caruana Font de Mora, el presente Rollo de Apelación número 881/13, dimanante de los Autos de Juicio Ordinario 1837/12 , promovidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 27 de Valencia, entre partes; de una, como apelante, BANKIA, SA, representada por la procuradora Carmen Rueda Armengot, y asistida por el letrado Enrique Mario García- Romeu Palomares, y de otra, como apelada, Cecilia , representada por la procuradora María José Lasala Colomer, y asistida por el letrado Justo Agustín Pascual Monar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia apelada, pronunciada por el señor Juez de Primera Instancia número 27 de Valencia, en fecha 19 de julio de 2013 , contiene el siguiente FALLO: "*Que estimando la demanda formulada por la Procuradora D^a M^a José Lasala Colomes en nombre y representación de D^a Cecilia contra BANKIA , debo declarar y declaro la nulidad de pleno derecho de las órdenes de compra de las OBLIGACIONES SUBORDINADAS BANCAJA EMISIÓN 08/7/22 ISIN NUM000 , suscritas y del posterior canje por acciones de Bankia y con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración en cuanto a la restitución recíproca de las prestaciones recibidas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1303 CC y todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.*"

SEGUNDO.- Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, remitiéndose los autos a esta Audiencia, tramitándose la alzada, con el resultado que consta en las actuaciones.

TERCERO.- Se han observado las prescripciones y formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Cecilia presenta demanda contra Bankia SA interesando la nulidad de la adquisición de obligaciones subordinadas suscritas en fecha de 3/3/2011 y su posterior canje por acciones de la entidad demandada por concurrir vicio en la prestación del consentimiento con la consiguiente restitución de las prestaciones y subsidiariamente la resolución de ambos contratos por no cumplir la entidad interpelada sus obligaciones y deberes contractuales fijando como daños y perjuicios la cantidad de 30.000 euros.

La entidad demandada contestó a la demanda oponiéndose a sus pretensiones.

La sentencia del Juzgado Primera Instancia 27 estima la acción principal al concurrir error esencial en la prestación del consentimiento por la demandante, decreta la nulidad de la adquisición de las obligaciones subordinadas y en consecuencia el del contrato de su canje por acciones de Bankia porque este último negocio tiene su causa en el primero y obliga a la restitución de las prestaciones.

Se interpone recurso de apelación por Bankia que alega como motivos, esencialmente, 1º) Error de valoración de la prueba, porque no hubo asesoramiento en la comercialización de las obligaciones subordinadas tal como dice la sentencia; 1º) Error de valoración de prueba al afirmar la sentencia y no justificarse la creencia de tratarse de un plazo fijo, a tenor de todos los documentos aportados, sobre cuya base afirma haber cumplido la información. Añade que no existió coacción en la suscripción del canje y en todo caso habría operado la confirmación del contrato de adquisición de las subordinadas con la celebración del canje, razones por las que solicitaba la revocación de la sentencia por otra que desestimase la demanda.

SEGUNDO. El Tribunal de la alzada, en cumplimiento del artículo 456-1 de la Ley Enjuiciamiento Civil, revisado el contenido de los autos, pruebas practicadas y vistos los soportes de grabación audiovisual, debe confirmar íntegramente la sentencia del Juzgado Primera Instancia, cuyos razonamientos fácticos son plenamente acertados al valorarse pertinentemente las pruebas practicadas y las razones y preceptos legales que sustentan su decisión resultan impecables.

El Tribunal debe llegar a la misma conclusión que la Juez de Instancia dada la claridad del asunto enjuiciado que muestra un supuesto de infracción de normas imperativas por parte de Bancaja (ahora Bankia), con una vulneración directa y frontal de las normas de conducta fijadas por el legislador en la comercialización de productos financieros complejos y de riesgo, de las que se ha prescindido por completo que inexorablemente han de conllevar la razón a favor de la demandante y ratificar en todo la sentencia recurrida cuyos acertados razonamientos en modo alguno son desvirtuados por la recurrente.

La Sala da por reproducido en aras a inútiles repeticiones, la descripción y características del producto de obligaciones subordinadas, perfectamente detallado en la recurrida así como la normativa aplicable del Mercado de Valores en lo referente a la obligación de información y que corresponde a la entidad demandada la carga de justificar su cumplimiento que al caso estamos con la Juzgadora que Bancaja incumplió de manera total y por ende no prestó la información debida.

Debe señalarse que tal obligación es necesaria prestarla aunque sea la mera comercialización, pero igualmente por las mismas consideraciones que la Juez ha atendido a las características personales, físicas y de instrucción de la demandante (no discutidas de contrario), resulta totalmente inverosímil que fuese la Sra. Cecilia quien se interesara por tales productos y fue la entidad demandada quien ofrece y recomienda el mismo (además es un producto emitido por la propia Bancaja) y conforme a la sentencia del TJCE de 30/5/2013 (C-604-2011) que interpreta el artículo 4 de la Directiva 2000/4/39 (aplicable al caso presente), entiende concurre asesoramiento en materia de inversión cuando hay prestación de recomendación

personalizada a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión y fija como concepto de recomendación personalizada (de acuerdo con el artículo 52 de la Directiva 2006/73) cuando " se dirige a una persona en su calidad de inversor o posible inversor y se presenta como conveniente para esa persona o se basa en una consideración de sus circunstancias personales".

Es suficiente para ratificar la correcta decisión de la Juzgadora, en primer lugar, el dato esencial igualmente expuesto en la sentencia, de no realizar Bancaja el test de conveniencia, obligación legal imperativa (artículo 79 bis), que no se trata como esta Sala viene apuntando de una mera formalidad sino de un acto con trascendencia material, al estar reglado dentro de la obligación informativa (artículo 79 bis) y que de dar un resultado negativo, impide a la entidad comercializar el producto a no ser que aun sabido tal resultado el cliente quiera su contratación. Por consiguiente, la diligencia de la entidad comercializadora es actuar en interés del cliente y como impone la Ley advertirle de no llevar a cabo el contrato (art.79 bis 7, párrafo segundo), diligencia completamente incumplida en el presente caso. Así aporta la demandada como documento 6 una fotocopia parcial del test que no lleva las contestaciones y que concluye que el producto es conveniente. En cambio el perfil de la demandante claramente significado por la sentencia recurrida, es rotundo y evidente que la misma carecía de cualquier conocimiento en materia financiera y además no tenía experiencia en tal sector. El hecho de que la actora tuviese un depósito a plazo fijo no revela ni tales conocimientos ni experiencia en la clase de productos complejos y de riesgo.

Es más resulta paradójico y muestra la torticera actuación de la entidad demandada que a la hora de ejecutar el canje (que por cierto consiste en la adquisición de acciones de la propia emisora, producto no complejo) el test elaborado, un año después, se concluye con ser producto "No adecuado" porque muestra la absoluta falta de conocimiento y experiencia (no obstante se realiza tal operación). Ciertamente es que, incomprensiblemente, tal canje se hace con la sobrina de la actora, pero no puede obviarse que la titular de las obligaciones subordinadas es la actora y por ende las informaciones que la entidad demandada debe obtener y por su resultado operar en la colocación de productos deben venir referidas a dicha titular.

Por tanto, no se efectuó el test de conveniencia, ni el producto era adecuado para Cecilia y la norma legal de conducta legal imponía a Bancaja abstenerse de "colocar" las obligaciones subordinadas a la demandante. Esto es ya motivo para acordar la nulidad por error, pues como dice el Tribunal Supremo en la reciente sentencia de 24/1/2014:

<< 3. Incumplimiento de los test adecuación e idoneidad. Sobre la base de la apreciación legal de la necesidad que el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados, y el deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una información comprensible y adecuada sobre tales extremos, para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación.

En el primer caso, en que la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, la entidad debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el denominado test de conveniencia. En el segundo, si el servicio prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado test de idoneidad.

En un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente

minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.

En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo. >>

Además, como certeramente también explicita la sentencia recurrida, nula información se prestó a la demandante a tal momento y la parte apelante invoca la documental aportada y precisamente el documento 3 que es la orden de compra de valores, al referirse al producto habla a la hora de definir y describir la clase de valor de "OBS. BANCAJA E.: 08 07 -22"; criptica leyenda de la cual pretende la entidad demandada hacer creer que la suscriptora conoce qué clase de producto está suscribiendo, sus características y riesgos, lo que al caso es más sorprendente, dado que estamos ante una persona de 81 años, con limitaciones físicas y auditivas, pensionista y con mínima instrucción (datos dados por probados en la sentencia que no son objeto de ataque en el recurso). El documento 5 que contiene la definición del producto, características carece de firma y siquiera consta su entrega, por lo que en tal tesitura el documento 4 de la contestación, donde consta prerredactado y predispuesto por Bancaja que el suscriptor ha sido informado por recibir una ficha del producto con su descripción completa y riesgos, resulta de mera complacencia, no real y efectiva, determinando, dada la condición de consumidora de la demandante, su absoluta falta de virtualidad y eficacia (art 89 TRLGDCU).

Por consiguiente, además de una clara infracción normativa que es imperativa en el ámbito de la información, al no darse la misma, provoca directamente que la actora suscribe un producto complejo y de riesgo sin conocer su contenido ni sus características ni sus riesgos y por tanto desconociendo sus propios elementos esenciales, generando el error en la prestación del consentimiento,(art 1266 código civil) como certeramente fija la juzgadora que no es imputable a la actora dada la infracción legal cometida por Bancaja que incide directamente en la falta de conocimiento de la suscriptora siendo imputable, pues, a la propia y singular actuación de Bancaja (ahora Bankia).

TERCERO. Esta Sala ya analizado las circunstancias con que la entidad demandada provocó las operaciones de canje de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas por acciones de la propia entidad y es dicha parte quien reconoce llanamente que fue la que ofreció tal operación a la actora e incluso además en el presente caso, la misma BANKIA entendió que no era adecuada (Doc.2 contestación), no obstante ello, efectúa de forma simultánea una recompra de subordinadas y canje, por medio de un contrato, no con la titular de las obligaciones subordinadas sino con su sobrina, hecho vulnerador de los más elementales principios del derecho civil y que la parte demanda ampara en una autorización de la actora a favor de su sobrina en la cuenta de valores. Este hecho es igualmente objeto de reproche por la sentencia de la Juzgadora y viene a reiterar el desprecio por la entidad demandada a las normas legales de contratación que no ignora por ser una entidad bancaria profesional en la suscripción de contratos bancarios y no es de recibo justificar la mera autorización para operar en una cuenta del cliente que es a lo que se refiere el documento 1 de la contestación en su única hoja firmada por la actora, con el dato de cancelar un contrato de producto financiero (obligaciones subordinadas) con la adquisición por otro y todo ello a través de una permuta, sin intervención de la titular de las obligaciones subordinadas. Esto ya sería motivo suficiente para declarar la nulidad absoluta de tal contrato al faltar el consentimiento (artículo 1261-1 ° y 1262 Código Civil) lo que rechaza de plano la posibilidad

incluso de la confirmación o sanación del contrato precedente, invocado por la parte apelante, pero en todo caso, como esta operación trae causa en un negocio nulo (adquisición de subordinadas), debe arrastrar al mismo como ya viene afirmando esta sala en diversas resoluciones.

Como dijimos en la sentencia de 30/12/2013 (Rollo 368/2013):

<<Por ello coincidimos con el juez que no se trata de dos operaciones de inversión autónomas e independientes entre sí, sino que por política comercial de la actora (prescindiendo de sus motivaciones y causas), es un mismo negocio y el producto tenido se convierte en otro diferente, luego la causa de oferta la compra de acciones reside en la tenencia de las subordinadas y si la adquisición de estas es nula, no concurre causa en la adquisición de las acciones, tal como ha fundamentado la sentencia recurrida con la cita jurisprudencial del Tribunal Supremo de 22/12/2009 y 17/6/2010 que damos por reproducida en aras a inútiles repeticiones.

A diferencia de los supuestos citados por el apelante sobre diversas sentencias de esta Sala enjuiciando productos completamente diferentes al examinado ahora (permutas financieras suscritas por sociedades mercantiles), en el presente caso, estamos ante el mismo marco de negocio de inversión y no es que el contrato de adquisición de subordinadas se haya extinguido por su efectivo cumplimiento o vencimiento o que haya sido resuelto, sino que el mismo, a causa de la labor de la entidad bancaria, dada la recomendación dirigida al cliente, se transforma en acciones de Bankia, luego la nulidad de la adquisición del producto objeto de cambio arrastra a la nulidad del nuevo adquirido, excluyendo la aplicación del artículo 1311 del Código Civil pues no se demuestra que tal negocio (acciones) fuese suscrito con pleno conocimiento del significado de las subordinadas.>>

CUARTO. La total desestimación del recurso de apelación determina que el Tribunal imponga las costas procesales de la alzada a la parte apelante pro mor del artículo 398 de la Ley Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación,

FALLO

Desestimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 19/7/2013 dictada por el Juzgado Primera Instancia 27 Valencia en proceso ordinario 1837/2012 confirmamos íntegramente dicha resolución, imponiéndose las costas procesales de la alzada a la parte apelante con la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el artículo 207.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin ulterior declaración, procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de esta misma resolución y el oportuno oficio al Juzgado de procedencia para constancia y ejecución, uniéndose certificación al Rollo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.