

OBLIGACIONES SUBORDINADAS

Nulidad por error

[SAP, Civil, sección 9, Valencia, núm. 90/2014, de 24 de marzo de 2014, ponente: D. Gonzalo María Caruana Font de Mora.](#)

Nulidad por error (Estimación) – Presencia de asesoramiento – Omisión del test de conveniencia – Diligencia exigible a la entidad – Nulidad del canje (sinopsis de Fernando Zunzunegui y Paloma Corbal)

Nulidad por error: “La sentencia del Juzgado Primera Instancia (...) estima la acción principal al concurrir error esencial en la prestación del consentimiento (...), 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. (...) 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 (...), 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 (...). 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 suscriba 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, (...) que no es imputable a la actora (...).”

Presencia de asesoramiento: “(...) En lo referente a la obligación de información (...) 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 (...), resulta totalmente inverosímil que fuese (...) quien se interesara por tales productos y fue la entidad demandada quien ofrece y recomienda el mismo (...) 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".”

Omisión del test de conveniencia: “Es suficiente para ratificar la correcta decisión de la Juzgadora, (...) 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 (...) 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. (...) No se efectuó el test de conveniencia, ni el producto era adecuado (...) 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: « (...) *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.*»

Diligencia exigible a la entidad: “(...) 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) (...)”

Nulidad del canje: “(...) La misma BANKIA (...) 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 (...) 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 (...) 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 (...) pero en todo caso, como esta operación trae causa en un negocio nulo (adquisición de subordinadas), debe arrastrar al mismo (...)”

[Texto completo de la sentencia](#)
