

OBLIGACIONES SUBORDINADAS

El incumplimiento del deber de información

[SAP de Tarragona, sección 1, núm. 170/2016, de 28 de julio, recurso: 733/2015. Ponente: Excmo. Sr. Manuel Horacio García Rodríguez.](#)

Caducidad de la acción– Naturaleza de la relación jurídica entre las partes– La obligación de información. Carga de la prueba–Confirmación de las órdenes de compra. Actos propios (sinopsis de Fernando Zunzunegui e Ignacio Martín).

Caducidad de la acción: “(...) Lo primero que cabe indicar es que no es pacífico que el plazo señalado por art. 1.301 C. civil sea de caducidad, pues existen también resoluciones que le atribuyen la naturaleza de plazo de prescripción (...). (...) Por tanto, el día inicial del plazo de ejercicio de la acción será cuando se produzca en el desarrollo de la relación contractual un acontecimiento que permita la comprensión real de las características y riesgo del producto que se ha adquirido mediante un consentimiento viciado. A modo de ejemplo, la sentencia citada de 12 enero 2015 señala como eventos desencadenantes: el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses y el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB. En nuestro caso, puede señalarse como día inicial el momento en que los actores advierten que su inversión carece de valor alguno, como efectivamente así sucedía, porque no podían realizar los títulos en el mercado, o por la suspensión del pago de cupones en 2012, con lo cual la acción no estaría caducada pues la demanda fue formulada en 2013 (...)”.

Naturaleza de la relación jurídica entre las partes “(...) Sostiene la entidad financiera apelante que se limitó a ejecutar órdenes de compra de los títulos de deuda subordinada en el mercado y no existe, por lo tanto, un contrato financiero de obligaciones de deuda subordinada, sino un mandato que el banco ejecutó siguiendo las instrucciones de los clientes y puso a su disposición los títulos correspondientes. (...) lo primero que debemos indicar es que no nos encontramos, (...), ante un mandato de compra por el que la entidad demandada vende en nombre de un tercero unas obligaciones subordinadas, sino ante un negocio de inversión que es mediado o prestado por la entidad demandada a la que se imputa esencialmente el incumplimiento de las normas legales (...) que regulan la información que debe ofrecerse al cliente en esa clase de negocios con la sanción negocial por su inobservancia de la nulidad relativa por error en el consentimiento del cliente inversor (...). Estas normas de actuación son de obligado cumplimiento, según el art. 78 LMV, tanto para el emisor como para las empresas que prestan servicios de inversión (...). Aquí debemos aclarar que las normas que disciplinan la actividad de las entidades que prestan servicios de inversión no tienen un carácter imperativo por lo que su inobservancia, aparte de eventuales sanciones administrativas (...), no dará lugar a la nulidad absoluta del negocio por falta de consentimiento u oposición a una norma imperativa (...), sino a la nulidad relativa o anulabilidad por vicios del consentimiento a que aluden los actores y se refiere al art. 1.300 C. civil (...). (...) sea mandato de ejecución o sea asesoramiento financiero, el banco debe cumplir con una obligación de información suficiente y concreta para que los clientes tengan conocimiento de las características del producto que contratan y los riesgos asociados al mismo a fin de que puedan tomar una decisión con conocimiento de causa (...)”.

La obligación de información. Carga de la prueba: “(...) La carga de la prueba del deber de información corresponde a la entidad financiera que presta el servicio de inversión,

dada la asimetría informativa existente entre profesional y minorista (...). Esta información debe ser veraz, completa, exacta, comprensible y ofrecida con la necesaria antelación para que el cliente tenga un conocimiento adecuado del producto que va a contratar y los riesgos asociados al mismo (...). La Sala no advierte de la prueba practicada que se haya cumplido este estándar de diligencia por las siguientes razones: (i) Ni siquiera se ha podido identificar a quien comercializó o asesoró el producto financiero a fin de que pudiera explicar en qué condiciones lo hizo; (ii) El test de conveniencia no era exigible por razones de vigencia temporal de la normativa MiFID, sin embargo no consideramos que se haya realizado correctamente mediante la cumplimentación de casillas en ventanas de un ordenador sin ninguna referencia al producto concreto que se adquiere (...); (iii) El perfil del producto contratado no es, como se recoge en las órdenes de compra, conservador sino agresivo con riesgo de pérdida de intereses, capital y liquidez, que al final es lo que sucedió, y por esta razón resulta inadecuado para unos inversores sin conocimientos financieros y sin experiencia en este tipo de productos; (iv) La cláusula contenida en la orden de compra relativa a que los inversionistas conocen su significado y trascendencia son advertencias seriadas o de descargo de responsabilidad sin ningún valor e inadmisibles para quien presta servicios de inversión a un minorista; y (v) No hay indicio o prueba alguna de que la actora haya recibido cumplida información de los riesgos de capital, intereses, liquidez y emisor, porque de lo que se trata es de información no de documentación o entrega de un tríptico o folleto informativo, como señala la apelante (...).”

Confirmación de las órdenes de compra. Actos propios: “(...) A pesar de que el artículo 43.2 de la Ley 9/2012 , de reestructuración y resolución de entidades de crédito, enfatiza el carácter vinculante de las medidas de gestión de instrumentos híbridos tanto para la entidad como para los titulares de esos instrumentos, y que el art. 49 impide a los afectados por una acción de gestión de instrumentos híbridos reclamar por el incumplimiento de las condiciones de la emisión o por las pérdidas que deriven de la concreta acción de gestión implementada, la realidad es que la demanda (...) no se funda en ninguna de esas circunstancias, sino que reclama el perjuicio derivado del incumplimiento por la entidad emisora de las obligaciones subordinadas en los instantes previos a la contratación de ese producto. El canje de la deuda subordinada por acciones de (...) y la ulterior venta de estas al FGD aceptada por los actores el (...), y liquidada el (...) siguiente, no es un negocio estrictamente voluntario desconectado de la contratación de la deuda años antes. Dicha venta sólo se explica como respuesta forzada al callejón sin salida en que se vieron inmersos los inversores ante el descubrimiento de la irrecuperabilidad inmediata de la inversión por la conjunción del vencimiento a largo plazo de los títulos y la sobrevenida iliquidez patentizada en la inviabilidad de su transmisión a terceros en el mercado secundario AIAF por la caída de la demanda de valores de (...) debido a su delicada situación financiera. (...) resulta evidente la propagación de los efectos de la nulidad del negocio inicial a la posterior conversión obligatoria y la venta voluntaria de las acciones resultantes de la conversión al Fondo de Garantía de Depósitos (...). se alega por (...) la imposibilidad de que los demandantes devuelvan los títulos ya enajenados. Este planteamiento es erróneo, porque como ya explicamos lo que reclaman los actores es el perjuicio patrimonial derivado de la adquisición de un producto financiero que ha perdido una parte importante de su valor y hace responsable de ello a la entidad que le ofertó/asesoró la contratación, y este perjuicio se concretaría en la diferencia entre el precio pagado por las obligaciones subordinadas y el obtenido por la venta de sus acciones, esto es, la suma (...) más como la demanda se formuló antes de acudir a la oferta pública la condena debe extenderse a la cantidad invertida en el bien entendido que de ésta deberá deducirse el importe percibido del FGD (...) y los rendimientos obtenidos (...).”

[Texto completo de la sentencia](#)
