

ROLLO NÚM. 000658/2013

VTA

SENTENCIA NÚM.: 308/13

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS

DON GONZALO CARUANA FONT DE MORA

DOÑA MARIA ANTONIA GAITON REDONDO

D^a PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA

En Valencia a treinta de diciembre
de dos mil trece.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON/ DOÑA GONZALO CARUANA FONT DE MORA**, el presente rollo de apelación número 000658/2013, dimanante de los autos de Juicio Ordinario - 000917/2012, promovidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCION NUMERO 4 DE ALZIRA, entre partes, de una, como apelante a BANKIA S.A. (como sucesora de la Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, BANCAJA), representado por el Procurador de los Tribunales ELENA GIL BAYO, y asistido del Letrado JOSE LUIS SANCHIS FIGUERAS y de otra, como apelados a XXX representado por el Procurador de los Tribunales DIEGO TEROL ROSELL, y asistido del Letrado ARTURO TEROL CASTERA, en virtud del recurso de apelación interpuesto por BANKIA S.A. (como sucesora de la Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, BANCAJA).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado de Primera Instancia de JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCION NUMERO 4 DE ALZIRA en fecha 15/5/2013, contiene el siguiente FALLO: "Que estimando la demanda formulada por XXX, representada por el Procurador D. DIEGO TEROL ROSELL contra la mercantil CAJA DE AHORROS DE VALENCIA CASTELLON Y ALICANTE (BANCAJA) en la actualidad BANKIA, SA. representada por D^a ELENA GIL BAYO , debo declarar la anulabilidad o nulidad relativa del contrato de suscripción de obligaciones subordinadas de fecha 11.09.2007 por vicio del consentimiento, extendiéndose la declaración de nulidad al negocio jurídico subsiguiente de la oferta de recompra y canje por acciones de la entidad BANKIA , SA. de fecha 21.03.2013 por desaparición o carencia de su causa. Todo ello con la recíproca restitución de las cosas materia de los contratos, las obligaciones subordinadas de BANCAJA hoy BANKIA SA. y

las acciones de BANKIA SA. , producto y objeto de los contratos cuya anulabilidad o nulidad se declara, a la entidad demandada , y la restitución del capital invertido que asciende a las cantidad de 10.000.-€a la parte actora , más los intereses legales de dicha suma desde la fecha del cargo en cuenta de la misma hasta su efectiva devolución , minorados en las rentas o intereses recibidos por la parte actora , mas el interés legal desde su percepción. Con expresa imposición a la entidad bancaria demandada BANKIA , SA. de las costas procesales causadas en el presente juicio."

SEGUNDO.- Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por BANKIA S.A. (como sucesora de la Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, BANCAJA), dándose el trámite previsto en la Ley y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, tramitándose la alzada con el resultado que consta en las actuaciones.

TERCERO.- Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.XXX presentó demanda contra Bankia SA para que se declare nulo y subsidiariamente resuelto el contrato de suscripción de obligaciones subordinadas y el de su canje por acciones de Bankia, condenando a la demandada a la restitución del capital invertido (10.000 euros) más los intereses legales desde la fecha de cargo minoradas por las rentas recibidas.

La entidad demandada compareció y contestó a la demanda, oponiéndose a su pretensión.

La sentencia del Juzgado Primera Instancia 4 Alzira estima la demanda y decreta la nulidad del contrato de suscripción de obligaciones subordinadas por concurrir error en el consentimiento ante la falta absoluta de información por la entidad demandada que conlleva a la nulidad del contrato de canje de las obligaciones subordinadas por acciones de Bankia por inexistencia de causa.

Se interpone recurso de apelación por Bankia alegando como motivos 1º) Resolver el juez la cuestión como acción de nulidad cuando la deducida por la actora es la de inexistencia contractual; 2º) Caducidad de la acción; 3º) No ser aplicable al caso la normativa de protección al consumo no justificándose el error en el consentimiento ciñéndose la sentencia solo al deber de información, concurriendo error de valoración de la prueba; 4º) No haberse valorado por el Juzgador el perfil del hijo de la actora firmante tanto de la suscripción de subordinadas como del canje; 5º) Haberse producido una novación extintiva o resolución voluntaria del contrato de suscripción de obligaciones subordinadas la aceptarse con pleno conocimiento y significado las acciones de Bankia; solicitando la revocación de la sentencia por otra que desestime la demanda.

SEGUNDO. Observado como impone el artículo 456-1 de la Ley Enjuiciamiento Civil, el contenido de los autos y las pruebas practicadas así como visionado el soporte de grabación audiovisual, el Tribunal ha de ratificar el fallo de la sentencia del Juzgado Primera Instancia y confirmar la anulación de los negocios jurídicos atacados por la demandante.

Delimitando los motivos del recurso el primero de ellos está haciendo ver a este Tribunal una clase de incongruencia de la sentencia del Juzgado Primera Instancia al resolver el asunto bajo una acción de anulabilidad contractual por error vicio mientras que la parte demandante insta una acción de nulidad radical o absoluta por inexistencia de consentimiento que debió ser desestimada. Para ello la parte apelante se apoya en las conclusiones emitidas por la dirección letrada de la actora, pero ello resulta inviable ahora para sustentar el motivo dado que la congruencia para el Juez reside en las pretensiones y su causa de pedir deducidas en los escritos rectores tal como impone el artículo 218 de la Ley Enjuiciamiento Civil y de la simple lectura del pliego inicial del procedimiento se lee clara y diáfana que la acción ejercitada principalmente es la de nulidad del contrato por vicio en el consentimiento, bien por error, bien por dolo.

TERCERO. Igual suerte ha de conllevar la caducidad de la acción dado que la fecha que hay que partir no es la de adquisición de las subordinadas sino la de 21 de marzo de 2012, resultando obvio que no ha transcurrido el plazo de cuatro años. La Sala debe rechazar el argumento de la parte apelante y volver a reiterar el razonamiento expuesto en la sentencia de 11/7/2011 (Pnte .Sra Martorell) indicando ,

<< *“La norma aplicada por el magistrado "a quo" ha sido interpretada por la Sala Primera del Tribunal Supremo. Señala la Sentencia de 6 de septiembre de 2006 (Tol 1.014.544) que la ambigüedad terminológica del artículo 1301 CC al referirse a la "acción de nulidad", ha sido precisada doctrinal y jurisprudencialmente en el sentido de distinguir lo que son supuestos de nulidad radical o absoluta y lo que constituyen supuestos de nulidad relativa o anulabilidad; resultando asimismo de la expresada Sentencia que el plazo fijado en el precepto para el ejercicio de la acción de nulidad es aplicable a las ejercitadas para solicitar la declaración de nulidad de los contratos y, por extensión, de los demás negocios jurídicos que " adolezcan de algunos de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley ", siempre que en ellos, según se desprende del artículo 1300 CC , al cual se remite implícitamente el artículo 1301 CC , " concurren los requisitos que expresa el artículo 1261 ", es decir, consentimiento, objeto y causa, sin los cuales " no hay contrato ". Cuando no concurren los requisitos establecidos en el artículo 1261 CC se está en presencia de un supuesto de nulidad absoluta o de pleno Derecho, equivalente a la inexistencia, cuya característica radica en la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno, en la retroacción al momento del nacimiento del acto de los efectos de la declaración de nulidad y en la inexistencia de plazo alguno de caducidad o prescripción para el ejercicio de la acción correspondiente. Por su parte, en la Sentencia de 21 de enero de 2000 se declara que "...resulta inaplicable el artículo 1301 ... ya que el plazo de los cuatro años procede respecto a los contratos en los que concurren los requisitos del artículo 1261 , y las relaciones afectadas de nulidad absoluta, como la que nos ocupa, al resultar inexistentes en derecho, no pueden convalidarse con el transcurso del tiempo, al ser imprescriptible la acción de nulidad" (Y en los mismos términos las Sentencias de 22 de noviembre de 1983 , 25 de julio de 1991 , 31 de octubre de 1992 , 08 de marzo de 1994 , 27 de febrero de 1997 y 20 de octubre de 1999). .../... Habiendo sido expresamente controvertido en la alzada el dies "a quo" para el cómputo del plazo prevenido en el artículo 1301 del C. Civil para los casos de anulabilidad por error, dolo, o falsedad de la causa, en relación con la argumentación de la resolución disidentada, conviene señalar que la Sentencia del 11 de junio de 2003 (Tol 276.114) declara que: "Dispone el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del*

*citado Código . En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, **hasta la realización de todas las obligaciones**(sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que "el art. 1301 del Código Civil señala que **en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr " desde la consumación del contrato "**. Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes ", criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, "en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó...". Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó". Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1301 del Código Civil.".>>*

Al caso nos encontramos ante un contrato de inversión que no se consuma en el momento de la orden de compra de los valores, tal como pretende la parte apelante al decir consumado con la adquisición del producto que pasa al patrimonio del cliente, pues tal inversión tiene una plazo (hasta el 4/7/2022) a lo largo del cual la entidad demandada tiene que cumplir sus obligaciones informativas sobre su evolución y desarrollo y de gestión (así el abono de cupones de forma anual) y custodia dado el contrato de gestión entre litigantes.

CUARTO. Paso siguiente es analizar el error de valoración de la prueba que se imputa al juzgador a la hora de apreciar el error, vicio en el consentimiento, en la adquisición de las obligaciones subordinadas.

Respecto a este negocio jurídico reprocha el Juzgador de la instancia a la entidad demandada, no haber prestado información alguna a la hora de ofertar el producto. No se discute que tal producto de inversión es de riesgo y complejo y por ende sometido al marco legal de la Ley de Mercado de Valores en su materia informativa en su redacción previa a la reforma operada por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre y por tanto incide directamente el Real Decreto 692/1993 de 8 de mayo. El artículo 79 (redactado conforme a la Ley 44/2002 de 22 de noviembre), en su ordinal 1 apartado a), obliga a la entidad de crédito a "comportarse con la diligencia y transparencia en interés de su cliente" y "mantener al cliente oportunamente informado". También el artículo 5 del RD 692/1993 obliga a prestar al cliente toda información relevante para la decisión de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la obtención adecuados para encontrar "los productos y servicios más apropiados a sus objetivos" y con especial relevancia e importancia por su incidencia en el

caso presente, la información 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”.

Por ende, esa obligación informativa legalmente dispuesta y transcrita cobra una especial relevancia dada la complejidad contractual para que el cliente sepa el negocio que va a suscribir, para que comprenda y conozca realmente el alcance y contenido de la operación, el riesgo que asume y sólo cuando conoce tales aspectos decidir si acepta o no la operación. La omisión del deber informativo consecuente con que el cliente no esté “con conocimiento de causa”, exigido legalmente para tomar la decisión en el campo del mercado de valores, puede producir un consentimiento no informado y por tanto viciado por concurrir error, al no saber o comprender el suscriptor la causa del negocio y debe ser sancionado por mor del artículo 1265 del Código Civil con la nulidad del contrato.

Al caso, siendo carga de la entidad demandada justificar la prestación de ese deber de la entidad demandada, no hay prueba alguna siquiera de una mínima información. La orden de compra (f.149) siquiera habla de “obligaciones subordinadas” y la clase de valor dice “000000010046 OBS BANCAJA”; no hay explicación del producto, no se mencionan en nada sus características, sus riesgos, vencimiento etc. El contrato va a nombre de XXX pero no firma ella sino que es su hijo sin mención a obrar por poder o autorización. Los extractos de cuenta cuando refieren a dicho producto tampoco menciona su nominación sino que se explicitan como “OBS BANCAJA”. La propia testifical en que se apoya la parte apelante es totalmente contraria a su posición desde el momento en que el Director en aquella época del oficina bancaria, admite que no se entregaba el folleto sino que estaba disponible para el cliente y que solo se hacía la orden de compra, siendo muy explicativo al apostillar que no se informaba de los riesgos (en concreto de que no encontrar comprador en el secundario el producto no se lo quedaba Bancaja sino el cliente; no se informaba de la situación del cliente caso de quiebra de la entidad, etc). La declaración de tal testigo junto la orden de compra dan buena y clara muestra de la vulneración directa y total de la normativa de mercado de valores y la completa ausencia de la información preceptiva.

En tal tesitura, la actora o su hijo firmante del producto -obligaciones subordinadas-complejo y de riesgo no pudieron conocer ni comprender su significado, alcance, desarrollo, riesgos etc., es decir, el significado real del producto de inversión y está dando un consentimiento a dicho contrato complejo sin tal conocimiento lo que muestra claramente el error con que se presta, no admitiéndose la alegación del recurrente de que no se ha probado el error.

En consecuencia, el contrato de adquisición de obligaciones subordinadas se adquirió con error esencial y excusable. En este último punto la parte apelante pone el énfasis en el perfil y diligencia no de la actora sino del hijo que suscribió tal contrato, pues se invoca ser persona experimentada en temas bursátiles, tenedor de una amplia gama de cartera de valores, determinante de comprender y entender el significado de las obligaciones subordinadas. Con independencia de que la titular de las subordinadas es la demandante y no el hijo y que en la orden de compra no se mencionada la actuación de éste en nombre de aquella, lo cierto es que XXX, igualmente inversor, no tenía suscrito producto complejo y de riesgo igual o semejante a las subordinadas. Para justificar que conocía tal clase de producto la parte demandada ha traído el extracto de la cuenta de valores que tenía el hijo con la clase de valores que posee y resulta que ninguno de ellos tiene la naturaleza y riesgos propios de

las obligaciones subordinadas. Se trata de acciones que cotizan en bolsa que tiene conforme al artículo 79 bis de la Ley de Mercado de Valores el carácter de no complejo. Es más, la propia testigo XXX, empleada de Bankia, con quien trataba el hijo de la demandante y testigo en que se apoya la parte apelante, dejó muy claro que el Sr. XXX jamás había adquirido participaciones preferentes o subordinadas, solo acciones que cotizan en Bolsa, que, obviamente, son producto completamente diferentes a los ahora enjuiciados. Por ende el perfil del hijo de la actora no revela conocimiento ni experiencia en tal clase de productos y no puede imputarle la falta de diligencia en obtener información, cuando tal deber es de la entidad que oferta tal producto inversor, pues no es que el cliente tenga una obligación de informarse sino que es la entidad bancaria al que ostenta el deber de prestar tal información que como recuerda la sentencia de Tribunal Supremo de 18/4/2013 no se cumple con la mera disponibilidad sino con la efectiva prestación.

QUINTO. Último punto a analizar es la nulidad de la operación negocial del canje de las obligaciones subordinadas por las acciones de Bankia operada en 23 de Marzo de 2012 que la sentencia anula por falta de causa conforme al artículo 1275 del Código Civil, por ser nulo el contrato de adquisición de subordinadas cuyos efectos arrastran al de adquisición de acciones o en su caso de implicar una novación por ser la novada nula conforme al artículo 1208 del Código Civil, explicitando el Juzgador en el Fundamento de Derecho Sexto las razones por las que tal decisión es congruente, argumento no atacado en el recurso de apelación que sobre tal negocio invoca la prestación de información y pleno conocimiento por parte del suscriptor y la resolución voluntaria o novación extintiva del contrato de subordinadas.

Este Tribunal analizado el documento 1 de la demanda, reconocido por ambos litigantes, establece los siguientes datos de gran relevancia en la solución, así: a) Se trata de una oferta a iniciativa de Bankia para determinados y específicos de sus clientes, los titulares de preferentes y subordinadas; b) Les ofrece sustituir tales valores por acciones de la propia Bankia; c) Les expone las ventajas de tal operación, pues se dice va a pasar de un producto sin vencimiento o con vencimiento alargado a otro que cotiza en bolsa y con liquidez inmediata; d) Fija Bankia una fecha tope para realizar tal operación, “antes del 23/3/2012” y la oferta se realiza el mismo mes; e) Explicita el riesgo de no aceptar tal oferta *“le recordamos que la situación actual de los mercados puede suponer que, en el caso de que usted decidiese venderlas en el futuro en el mercado secundario, obtuviera un precio inferior a su valor nominal y no estaría garantizada una negociación rápida”*.

Dados tales puntos, este Tribunal entiende que nos encontramos ante una “recomendación personalizada” que la entidad bancaria dirige a una clase concreta y muy específica de sus clientes, conforme al artículo 56 la Directiva 2006/73, interpretada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 30/5/2013 (asunto C-604/2011) al decir, *“se entenderá que una recomendación es personalizada si se dirige a una persona en su calidad de inversor o posible inversor y si se presenta como conveniente para esa persona o se basa en una consideración de sus circunstancias personales”*, concurriendo al caso todos esos requisitos. Después, la operación inversora ofertada se ejecuta en una unidad de acto, pues en el mismo momento y documento se efectúa la recompra de las subordinadas y la suscripción de las acciones. Es decir, no es el cliente del banco (la actora o su hijo) quien de motu propio interesa el cambio de su producto por acciones de Bankia sino que fue la entidad actora la que recomienda a este concreto cliente que convierta de forma simultánea sus obligaciones subordinadas en acciones de Bankia por las mejoras que va a lograr.

Por ello coincidimos con el Juez que no se trata de dos operaciones de inversión autónomas e independientes entre si, sino que por política comercial de la actora (prescindiendo de sus motivaciones y causas), es un mismo negocio, estando claramente vinculados las subordinadas a las acciones; si bien el producto tenido se convierte en otro diferente, la causa de ofertar 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 a instancia del inversor, 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.

SEXTO. La desestimación de la demanda conlleva la imposición de las costas procesales de la alzada a la parte apelante por mor del artículo 398 de la Ley Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos legales aplicables concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada BANKIA SA contra la sentencia dictada por el Juzgado Primera Instancia nº 4 Alzira en juicio ordinario 917/2012, confirmamos dicha resolución con imposición de las costas procesales de la alzada a la parte apelante y 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 Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin necesidad de ulterior declaración; procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de la presente resolución y el oportuno oficio, al Juzgado de su procedencia.

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

DILIGENCIA DE CONSTANCIA.- La extiendo yo, el Secretario judicial, para hacer constar y advertir a las partes de que en el supuesto de que proceda, teniendo en cuenta los requisitos legalmente establecidos y dado el carácter extraordinario de los mismos, la

INTERPOSICIÓN de recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal contra la anterior resolución, conforme a lo establecido en el artículo segundo de la Ley 1/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial (BOE 4/11/09), requiere la consignación de la cantidad de 50 € en la Cuenta de Consignaciones que esta Sección tiene abierta en la entidad BANESTO; siendo el número de expediente: 4557-0000-12-(número de rollo de apelación)-(año), indicando, en el campo "concepto" el código "00 Civil-Casación" y la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA. En el caso de realizar el ingreso mediante transferencia bancaria, tras completar el Código de Cuenta Corriente (CCC, 20 dígitos), se indicará en el campo "concepto" el número de cuenta el código y la fecha que en la forma expuesta anteriormente; **debiéndose verificar un ingreso por cada uno de los recursos que se preparen**; doy fe.

PUBLICACIÓN.- Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Novena de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy fe.