

**QUIEN RECIBIÓ RENDIMIENTOS VARIABLES Y VENDIÓ OBLIGACIONES EN
EL MERCADO SECUNDARIO NO PUDO CREER HABER CONTRATADO UN
DEPÓSITO A PLAZO FIJO***

**Comentario a la SAP de Valencia (Sección 9ª) núm. 50/2014,
de 17 febrero (AC 2014\446)**

Alicia Agüero Ortiz
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 7 de septiembre de 2016

Los demandantes adquirieron 36 obligaciones subordinadas de Bancaja (ahora Bankia) en el año 2002 por importe de 36.000€. Años después vendieron en el mercado secundario 9 obligaciones subordinadas. En marzo del año 2012 accedieron al canje voluntario de las obligaciones subordinadas por acciones de Bankia. Tras ello, en 2013, demandaron a Bankia ejercitando la acción de nulidad de la adquisición de las obligaciones subordinadas por concurrir error en su consentimiento y, consecuentemente, instaban la declaración de nulidad del contrato de canje solicitando la devolución de 27.000€ (sin detracer los 7.943,27€ recibidos como rendimientos de las obligaciones subordinadas). Los actores alegaron ser personas jubiladas sin experiencia en la contratación de productos financieros, así como la falta de información precontractual escrita entregada por Bancaja, alegando así el incumplimiento del paquete MiFID, todo lo cual les llevó a creer que estaban contratando un depósito a plazo fijo. El JPI estimó la demanda y declaró la nulidad de ambos contratados por entender que existió un error en el consentimiento de los demandantes propiciado por el incumplimiento de la normativa MiFID, entre otras circunstancias que analizaremos. Así la cosas, Bankia interpuso recurso de apelación alegando, esencialmente, la inexistencia de error en el consentimiento y la inexistente infracción de la normativa mencionada.

La AP de Valencia comenzó reprochando el error en la normativa aplicada incurrido por el JPI, pues en el año 2002 no resultaba de aplicación la Directiva MiFID ni la

* Trabajo realizado en el marco de la ayuda para la Formación de Profesorado Universitario del Ministerio de Educación Cultura y Deporte (Ref. FPU014/04016).

Ley 47/2007 que la traspuso al ordenamiento español. Por lo tanto, no es reprochable a la entidad la no realización del test de conveniencia o idoneidad, ni la clasificación del cliente, pues dicha obligación no existía al tiempo de la contratación. Por el contrario, resultaba de aplicación el RD 629/1993 que en el art. 5 de su anexo obligaba a prestar al cliente toda información relevante para la decisión de inversión, la cual debía ser “clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva”, sin imponer que dicha información debiera entregarse en soporte escrito o a través de algún documento específico. De hecho, la LMV no imponía aún la realización de un resumen del folleto informativo (o tríptico informativo) a las ESIs. Por lo tanto, la falta de información escrita no comporta ningún incumplimiento de la entidad, más aún cuando los actores reconocieron la existencia de una fase precontractual en la que se informó verbalmente del producto. A este respecto, el juez a quo reforzó sus conclusiones a raíz del testimonio del interventor de la oficina en aquel entonces –ya jubilado–, quien afirmó no creer que se les advirtiera de los riesgos sino que se les informaba que tenían un buen interés. Sin embargo, la AP resta relevancia a este testimonio pues en la grabación de la sesión se aprecia la imprecisión de sus respuestas y la reiterada afirmación de no recordar los detalles de la contratación concluida once años atrás.

En este sentido, la AP recuerda que la carga de la prueba respecto a la información facilitada corresponde a la entidad que lo comercializa, ahora bien, la carga de la prueba de que el producto se suscribió desconociendo sus elementos esenciales o creyendo que se trataba de otro diferente corresponde a quien lo alega, quien debe probar que dicha creencia era segura. Así pues, la falta de prueba sobre la información precontractual entregada perjudica a la entidad. Con todo, de los hechos circundantes entiende la AP que no puede sostenerse ni ha quedado probado que los demandantes contrataran creyendo con seguridad que se trataba de un producto diferente.

Por un lado, considera que no son atendibles las circunstancias expresadas en la demanda con que se hace aparecer a los demandantes como jubilados con 72 y 67 años de edad, y que fueron tomadas en consideración por el juez *a quo*, pues dichas circunstancias concurrieron en el momento de presentar la demanda pero no once años atrás, época de prestación del consentimiento que es el relevante en el examen de la concurrencia del vicio denunciado. Por el contrario, considera que el perfil de los demandantes era de inversores con experiencia pues a la fecha de la adquisición de las obligaciones subordinadas tenían concertada con Bancaja una cuenta de valores desde 8/11/1991, con acciones de Telefónica, Endesa, BBVA; un Plan de pensiones (de renta variable) desde 1989; y un Fondo de inversión (renta variable) desde 1990. Por otro lado, recalca que desde agosto de 2002 hasta diciembre de 2011 los actores percibieron el rendimiento periódico del producto, variable cada año, sin queja o reclamación. Además, el reporte de

dichos intereses convivía con otro movimiento independiente de abono por intereses de una “imposición a plazo fijo” que era objeto de comunicación diferenciada, de forma que no podían tener la creencia de que las obligaciones subordinadas constituían un producto a modo de plazo fijo, a modo de tener el capital entregado garantizado, no solo porque no hay instrumento alguno del que pueda pensarse o apoyarse dicha creencia, sino porque sus rendimientos tampoco eran a cantidad fija, sino variable cada año”. Adicionalmente, los demandantes por su propia iniciativa decidieron vender en 2005 nueve títulos de obligaciones subordinadas lo que, en palabras de la AP, no se compagina con la ignorancia alegada sobre el funcionamiento del producto.

Finalmente, la AP estimó el recurso de apelación declarando la validez del consentimiento otorgado en la contratación de las obligaciones subordinadas y, así, del posterior canje voluntario pues “la parte demandante no demuestra el error alegado; era persona que al momento de su adquisición tenía conocimientos y experiencia en productos bancarios y de inversión con renta variable; ha estado diez años como titular de las obligaciones subordinadas recibiendo rendimientos variables sin haber mostrado en momento alguno explicación, reclamación o queja, a pesar de las comunicaciones informativas recibidas sobre su desarrollo y haber efectuado actos de disposición sobre las mismas, por lo que no puede admitirse concurra la creencia inexacta segura de no saber el producto que adquiriría o que constituía uno diferente o no conocer sus riesgos”.