

**SENTENCIA NÚM.: 420/2019**

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS

DOÑA ROSA MARÍA ANDRÉS CUENCA

DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA

DOÑA MARÍA LUZ DE HOYOS FLÓREZ

En Valencia a dos de abril de  
dos mil diecinueve.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA**, el presente rollo de apelación número 001332/2018, dimanante de los autos de Juicio Ordinario [ORD] - 000250/2017, promovidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 1 DE ONTINYENT, entre partes, de una, como apelante a CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ONTINYENT, representado por el Procurador de los Tribunales don/ña MARIA DEL CARMEN NAVARRO BALLESTER, y de otra, como apelados a *.....* representado por el Procurador de los Tribunales don/ña JORGE VICO SANZ, en virtud del recurso de apelación interpuesto por CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ONTINYENT.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 1 DE ONTINYENT en fecha 5 de marzo de 2018, contiene el siguiente FALLO: "*Que estimando la demanda formulada a instancia de D. *.....*, representados por el Procurador D. JORGE VICO SANZ, contra la mercantil "CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ONTINYENT (CAIXA ONTINYENT)", representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. ROSARIO CALATAYUD, declaro la nulidad del contrato de adquisición de participaciones preferentes celebrado entre la parte demandante y demandada, e identificado en la presente resolución, así como del canje por acciones, por la existencia de error esencial relevante y excusable en el consentimiento ordenándose la restitución recíproca de prestaciones que fueron objeto del contrato, y por tanto condeno a la demandada a la devolución de la suma de 254.049,20.- euros en concepto del principal, más los intereses legales devengados desde las fechas de suscripción de la orden de compra, pero deduciendo de dicho importe los rendimientos percibidos, juntos con su interés legal, desde las fechas de las correspondientes*

*liquidaciones parciales; y con restitución de la titularidad de las acciones a la mercantil CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ONTINYENT (CAIXA ONTINYENT) (o el valor obtenido por ellas) e imposición de costas a la parte demandada."*

**SEGUNDO.-** Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ONTINYENT, 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.-** Por la representación de CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ONTINYENT (en adelante, Caixa Ontinyent) se interpone recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Onteniente de 5 de marzo de 2018 por la que se estima la demanda formulada por la representación de Don .

en los términos que resultan del antecedente primero de la presente resolución, que se da por reproducido para evitar innecesarias reiteraciones.

Argumenta la recurrente – folio 226 y sucesivos – que la Sentencia no es ajustada a derecho y estructura su escrito de recurso en los siguientes motivos o apartados:

1) Resumen de la disputa y de los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia. Bajo la indicada rúbrica describe las respectivas tesis sostenidas por las partes en el litigio (pretensiones deducidas en la demanda y resistencia a la misma por su representada – y entre ellas la relativa a la falta de legitimación activa de los demandantes al haber perdido la titularidad de las participaciones preferentes de CAIXA LAIETANA como consecuencia del canje) así como el resultados de la prueba practicada en el acto de juicio, y, finalmente los fundamentos de la sentencia en que se sustenta el pronunciamiento estimatorio de la demanda.

2) Infracción de la jurisprudencia sobre la legitimación activa. Se refiere en este epígrafe a la transmisión del objeto litigioso, al haber perdido la titularidad de las participaciones preferentes adquiridas en 2007, de manera que resultaría inviable la restitución de las prestaciones derivadas del ejercicio de la acción instada de adverso, con invocación de las resoluciones judiciales que estima de aplicación al caso.

3) Caducidad de la acción de nulidad ejercitada en referencia al día inicial para el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de anulabilidad por vicio de consentimiento, con invocación de los pronunciamientos judiciales que considera aplicables en defensa de la tesis que sostiene. Y fija como fecha inicial del cómputo cualquiera de las siguientes: 1) 7 de marzo de 2007, fecha de adquisición de las participaciones preferentes, 2) 24 de mayo de 2010 correspondiente a la publicación de la calificación del producto como “bono basura”, 3) septiembre de 2011, en que se ofreció la posibilidad de recompra, que rechazaron los demandantes, 4) 27 de julio de 2012, por ser el momento en que los actores dejaron de percibir los intereses, y 5) 17 de abril de 2013 en que se hizo aún más notoria la pérdida de

valor. Considera que la demanda ha sido presentada fuera de plazo legal porque incluso en la hipótesis más favorable había transcurrido el plazo de cuatro años al tiempo de la presentación de la demanda.

3) Perfil de los demandantes y la no aplicación de la normativa Mifid. Combate las conclusiones que resultan de la resolución apelada y en particular el informe pericial en el que se sustenta la decisión judicial. Afirma que los demandantes habían adquirido con anterioridad otros productos financieros e invertido en estructurados, sin que se haya tenido en cuenta – tampoco – el certificado de inversiones remitido por la entidad demandada a instancia de los actores. Alega seguidamente que los actores poseen estudios de grado superior, son empresarios con conocimientos de los mercados financieros, conocen los productos complejos y el resultado del test que escanea en su recurso no es compatible con la imagen que se pretende dar en la demanda. Destaca que a la fecha de la celebración del contrato en marzo de 2007 no estaba vigente la normativa Mifid y no se han incumplido por su representada las obligaciones informativas que le incumbían.

4) El siguiente motivo de apelación tiene por objeto los actos propios de los demandantes y se refiere, en particular, a la confirmación de la contratación mediante sus propios actos: i) los demandantes se llevaron a su casa la información relativa a la suscripción de las participaciones preferentes no suscribiéndolas hasta cuatro meses después, ii) sólo solicitan la nulidad de las relativas a CAIXA LAIETANA pero no las adquiridas de BANCO DE SABADELL que les han ido bien, iii) lo único que pretenden es resarcirse del resultado negativo de la inversión trasladando sus consecuencias a la entidad bancaria.

5) Sobre la información ofrecida por Caixa Ontinyent niega las conclusiones que resultan de la resolución apelada a tenor del resultado de la prueba testifical de los empleados que depusieron en el acto de juicio, quienes afirmaron haber advertido de la complejidad y de los riesgos. Los demandantes analizaron la información porque era una inversión importante y lo hicieron con sus hijos, habiendo quedado acreditado tal extremo en el acto de juicio.

6) Se niega seguidamente la existencia del supuesto error en el vicio de consentimiento, conforme a los requisitos examinados por la doctrina y la jurisprudencia sobre el tema, con nueva referencia al resultado de la prueba testifical practicada en el proceso y cita de los pronunciamientos judiciales que estima de aplicación al caso.

Y termina por suplicar la revocación de la sentencia, la desestimación de la demanda y la imposición de las costas de la primera instancia a la parte demandante.

La representación de los demandantes se opone al recurso de apelación (folio 272 y siguientes) por las razones que constan en el escrito presentado al efecto, en el que combate los distintos argumentos esgrimidos por la entidad demandada y postula la confirmación de la resolución apelada con imposición a la misma de las costas de la alzada.

**SEGUNDO.**- Este Tribunal, en uso de la función revisora que le atribuye la apelación, ha procedido a examinar de nuevo las alegaciones respectivamente deducidas por las partes, así como los documentos aportados al proceso y resto de actividad probatoria en que se sustenta la cuestión controvertida, y como consecuencia de tal proceso de revisión y tomando en consideración las normas y resoluciones respectivamente invocadas por los

litigantes, hemos llegado a la conclusión de que procede la confirmación de la resolución apelada por las razones que seguidamente pasamos a exponer:

### 1.- Sobre la legitimación de los demandantes.

La sentencia apelada, con cita de la sentencia de la Sala Primera del tribunal Supremo de 7 de julio de 2011 reconoce legitimación a los actores para instar la acción de anulabilidad por vicio de consentimiento instada relación con la suscripción (2 de marzo de 2007) y ulterior canje (23 de mayo de 2013) de las participaciones preferentes de la entidad CAIXA LAIETANA por acciones, objeto del proceso.

De la documental aportada al proceso en formato digital y particularmente del tenor de los documentos 7 (orden de suscripción de las participaciones preferentes), y 20 (canje operado en mayo de 2013) resulta la legitimación de los Sres.

para instar la demanda y sostener en juicio las acciones que en la misma se articulan, sin que el hecho de haber operado el canje de las participaciones inicialmente suscritas, y su transformación ulterior en acciones, impida la aplicación de los efectos del artículo 1303 del C. Civil, pues tal y como se apunta en la resolución apelada, lo que habrá de restituir la parte demandante, serán las acciones derivadas del canje.

### 2.- Sobre la caducidad de la acción.

El segundo de los motivos de apelación tampoco puede ser acogido, pues el día inicial del cómputo del plazo de los cuatro años no se corresponde con ninguna de las cinco opciones ofrecidas en el recurso por la entidad bancaria, sino – como ya hemos tenido ocasión de declarar en otras ocasiones – en la fecha del canje por acciones, momento en que se materializa la pérdida sufrida como consecuencia de la suscripción de las participaciones preferentes, y por tanto, en este caso, el día inicial del cómputo es el 23 de mayo de 2013 (documento 20 – digital - de los adjuntos a la demanda).

El escrito rector del proceso tuvo entrada en el Registro General de asuntos el día 18 de mayo de 2017 (según se desprende del expediente), de manera que la demanda se presentó cinco días antes del vencimiento del plazo de caducidad, sin que, en consecuencia, pueda ser acogida la excepción.

La consecuencia es la desestimación del recurso en este punto, con remisión a los argumentos que se contienen en el Fundamento Jurídico Segundo de la resolución apelada.

### 3.- Sobre el perfil de los demandantes.

La sala, en uso de la función revisora que le atribuye la apelación ha examinado la totalidad de los documentos aportados por las partes al proceso, a fin de determinar si la sentencia dictada en la instancia incurre, o no, en error de valoración probatoria en torno al perfil de los demandantes dado que la recurrente afirma que los actores tienen un perfil diverso de la imagen que se pretende transmitir a través de la demanda, dado que el actor era empresario (farmacéutico) y tenían inversiones previas en productos estructurados y en renta variable.

Lo cierto es que con carácter previo a la operación que se enjuicia en este proceso no consta que se efectuara por la entidad demandada y conforme a la normativa entonces vigente –

previa a la Mifid – una evaluación del perfil del cliente que permitiera contrastar la adecuación del producto objeto de la inversión. Los test que se han aportado al proceso son todos de fechas muy posteriores al momento en que se emite la orden de adquisición de las participaciones preferentes, y la calificación que resulta para los actores de entidades como Banco de Santander o Deutsche Bank (documentos 14 y siguientes de los adjuntos a la demanda) revelan una clasificación para los demandantes de “muy conservadores”.

La tenencia de estudios superiores o la explotación previa de una farmacia – como es el caso, dado que es con el producto de la venta del negocio que se realizan diversas inversiones – no permite tener por probado que los demandantes eran inversores experimentados, ni que conocieran la complejidad del producto que adquirirían y los riesgos inherentes a la operación, que se materializaron con posterioridad, tal y como también se acredita con los documentos aportados y especialmente por razón de la recompra obligatoria de las participaciones preferentes (documento 19) y canje por acciones de Bankia.

La sala se remite a la doctrina del Tribunal Supremo sobre la cuestión con cita de la Sentencia de la Sala Primera de 14 de noviembre de 2016 (ROJ: STS 5698/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5698) que, aun referida a un contrato de permuta financiera de intereses celebrado con posterioridad a la entrada en vigor de la normativa Mifid por un farmacéutico, casó la sentencia dictada por la Audiencia Provincial y estimó insuficiente tal cualificación profesional a los efectos de fijar el perfil del cliente en los términos planteados por la entidad bancaria, recordando los deberes que incumben a la misma en orden a la información sobre la naturaleza y riesgo de los productos que contrata frente a quienes no tienen la cualidad de profesionales del mercado financiero y de inversión.

#### 4.- Sobre la acción de anulabilidad de las órdenes de compra de las participaciones preferentes por vicio de consentimiento y sus efectos.

Pese a los esfuerzos desplegados por la entidad recurrente en su escrito de apelación, la sala, atendido el resultado de la prueba practicada en el proceso, considera que los mismos no pueden ser acogidos, pues la documentación relativa a la operación cuya nulidad se postula en la demanda es absolutamente inexpresiva de la naturaleza y de los riesgos inherentes a la adquisición de participaciones preferentes. Basta el examen de los documentos 8 y 9 para llegar a dicha conclusión. Y lo mismo debe reseñarse respecto del contenido del documento 7 de la demanda – adeudo de valores –.

Y en lo que concierne a las fórmulas de asunción de riesgos incluidas en las órdenes de compra, conviene recordar la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 cuando destaca que *“la normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13, en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista.”*

La apelante insiste – para provocar la convicción de la sala en orden a que se dio cumplimiento al deber de información – en las declaraciones de los testigos que relaciona en su escrito, concluyendo de la misma que la contratación se hizo a voluntad de los actores, que dispusieron de la información con muchos meses de antelación a la contratación y que estuvieron asesorados por sus hijos. Baste señalar al efecto que la Sala ha valorado la expresada prueba con la prudencia que la misma requiere y tomando en consideración los criterios que, al respecto, ha venido manteniendo el Tribunal Supremo, en particular en la Sentencia 675/2015, de 25 de noviembre y resolución de 30 de enero de 2019 (ROJ: ATS 642/2019 - ECLI:ES:TS:2019:642ª) cuando afirma que *"no puede tacharse de arbitrario o ilógico que el tribunal de instancia no considere probado el ofrecimiento de información por la mera declaración en tal sentido de los empleados de la entidad financiera, que precisamente serían los obligados a facilitarla y tendrían importantes reticencias para reconocer que habrían incumplido dicho deber"*. Y es relevante al efecto el hecho de que los testigos son empleados de la demandada y que uno de ellos admitió – en contra de la entidad – que los actores buscaban más seguridad que rentabilidad, lo que es incompatible con el riesgo de las participaciones preferentes.

El recurso de apelación no puede prosperar porque: i) La sentencia dictada en la instancia hace una correcta identificación de la naturaleza y características de las participaciones preferentes objeto del litigio (siguiendo los criterios que ha venido manteniendo esta Sección 9ª de la Audiencia Provincial, a la que cita en el fundamento segundo); ii) hace una correcta aplicación de la normativa vigente al momento en que se cierra la operación, anterior a la entrada en vigor de la Mifid; iii) delimita correctamente la acción ejercitada y los presupuestos que deben concurrir para su estimación (fundamento cuarto); iv) y valora correctamente tanto la documental aportada – a la que ya nos hemos referido – como las testificales de los empleados de la demandada para rechazar haya quedado debidamente cumplido el deber de información precontractual y la aplicación de la doctrina de los actos propios – que se reitera en el recurso -, para considerar probado, finalmente, el vicio de consentimiento determinante de la prosperabilidad de la acción.

La sala, atendido el hecho de haberse seguido en lo esencial nuestros criterios, no puede más que confirmar el pronunciamiento que resulta de la resolución apelada, con sustento en la doctrina del Tribunal Supremo que admite la confirmación por remisión, como resulta de la Sentencia de 30 de diciembre de 2014 (ROJ: STS 5689/2014 - ECLI:ES:TS:2014:5689) cuando destaca que: *"El Tribunal Constitucional en Sentencias entre otras, 174/87, 146/90, 27/92 y 11/95, ha determinado que es motivación suficiente la remisión hecha por el Tribunal Superior a la sentencia de instancia que era impugnada. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de octubre de 1998, estableciendo que si la resolución de primera instancia es acertada, la de apelación, que la confirma, no tiene por qué repetir o reproducir los argumentos de aquella, pues basta, en aras de la economía procesal, la sola corrección de lo que, en su caso, fuera necesario ( STS de 16.10.92 , 5.11.92 y 19.4.1993), y este Tribunal manifiesta su plena aceptación de los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida que contienen una perfecta y detallada exposición de los hechos probados en atención a la prueba practicada, así como del derecho aplicable, haciéndolos nuestros, y sin que quepa adicionar o modificar alguno de sus apartados"*.

**TERCERO. - Costa de la apelación y depósito para recurrir.**

La desestimación del recurso de apelación determina, conforme al artículo 398 de la LEC, la imposición de las costas de la alzada a la parte recurrente, y la consecuente pérdida del importe del depósito constituido para recurrir tal y como resulta de la Disposición Adicional 15 de la LOPJ.

**VISTOS** los preceptos legales aplicables concordantes y demás de general aplicación,

### **FALLO**

**DESESTIMAMOS** el recurso de apelación formulado por la representación de CAIXA ONTINYENT contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia 1 de Onteniente de 5 de marzo de 2018, que confirmamos, con imposición a la entidad recurrente de las costas procesales derivadas de la apelación y la consecuente pérdida del importe del depósito constituido para apelar.

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el art. 207.4 L.E.C., 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.

**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.