

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA
SECCIÓN PRIMERA**

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE:

Pedro Roque Villamor Montoro.

Magistrados

Félix Degayón Rojo.

José Francisco Yarza Sanz.

APELACIÓN CIVIL

Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Peñarroya-Pueblonuevo

Procedimiento Ordinario 44/11

Rollo 303/12

SENTENCIA N° 16/13

En la ciudad de Córdoba, a 30 de enero de 2013

La Sección Primera de esta Audiencia ha visto y examinado el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada en los autos referenciados, en los que han sido partes **Dª MARIA CARMEN**

representada en primera instancia por la Procuradora Sra. Cabello Gutiérrez y en segunda instancia por el Procuradora Sr. Aguayo Corraliza y asistida del Letrado Sr. González-Astolfi Infante contra **CAJA RURAL DE CORDOBA**, representada en primera y segunda instancia por el Procurador Sr. Balsera Palacios y asistido del Letrado Sr. Montero García y pendientes en esta sala en virtud de apelación interpuesta por la entidad **CAJA RURAL DE CORDOBA**, habiendo sido designado ponente el Magistrado don José Francisco Yarza Sanz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Se dictó sentencia con fecha 7/12/11 cuyo fallo textualmente dice:“ Que estimo parcialmente la demanda interpuesta por D^a MARÍA CARMEN contra CAJA RURAL DE CÓRDOBA y en consecuencia DECLARO que el contrato suscrito por las partes en fecha 17 de enero de 2006, es nulo de pleno derecho por error de consentimiento en la actora y en consecuencia CONDENO a dicha entidad a abonar a la actora 12.000 euros de principal mas los intereses devengados por dicha cantidad desde el 17 de enero de 2006 hasta su total satisfacción. A dicha cantidad debe deducirse los 941,46 euros percibidos por la actora en concepto de cupón abonado por Caja Rural durante los años 2006 y 2007. Absuelvo a la entidad demandada del abono de cantidad alguna respecto a los daños morales solicitados por la actora.

SEGUNDO : Contra dicha sentencia se preparó en tiempo y forma recurso de apelación por la representación indicada que, con posterioridad y en virtud del traslado conferido, formalizó en base a la argumentación de hechos y fundamentación jurídica que expresó, dándose traslado del mismo a la parte contraria por el término legal, presentándose escrito de oposición, tras lo cual se remitieron las actuaciones a este Tribunal que formó el correspondiente rollo, personándose las partes.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: El recurso interpuesto por la representación procesal de la entidad CAJA RURAL DE CÓRDOBA, Sociedad Cooperativa de Crédito, postula la existencia de un error en el análisis que de la prueba practicada se hace en la Sentencia por cuanto la misma se basa, para estimar la nulidad del

contrato suscrito entre las partes el 17 de enero de 2.006, por el que se ordenó la adquisición del producto de inversión “preferente Lehman Brothers” firmado por la demandante, en la existencia de un error en el consentimiento, que se habría prestado bajo el entendimiento de que se trataba de una especie de depósito a plazo fijo, cuando era un producto financiero de considerable riesgo.

Estima la entidad apelante que se le facilitó a la cliente una copiosa documentación informativa, aportada con la contestación a la demanda (bloque 5, sobre evolución de la cartera y bloque 8, sobre abono de cupones) y que no está acreditado que la operación se presentara como otra cosa que un Contrato de Gestión Discrecional e Individualizada de Carteras de Inversión (cuya copia se integraba en el documento nº 8 de los aportados con la demanda) en cuya primera parte, estipulación 5ª, estaría sobradamente explicada la naturaleza del mismo. Por otro lado, aunque en la resolución judicial se hacía hincapié en que la falta de la adecuada información generó un consentimiento contractual viciado, puesto que la entidad de crédito habría debido realizar un esfuerzo adicional de formación de sus empleados, ya que ni siquiera el director de la oficina, Sr. sabía en qué consistía el producto ofrecido a la cliente, no habría intervenido dicha persona, sino otra, el Sr. Arévalo, que no compareció al acto del juicio.

Además, consideraba el escrito presentado por la parte recurrente que la Sra. al reclamar la nulidad por falta de la debida información, estaría viniendo contra sus propios actos, expresados al firmar la orden de compra y, ulteriormente, percibiendo intereses por un importe aproximado del 5% bruto de su inversión, sin que, por añadidura, pueda considerarse excusable un error que derivaría de la falta de diligencia por su parte, al no leer la documentación que rubricó.

Por último, estima, en otro orden de cosas, que la Sentencia incurre en error, al tiempo que falta de motivación, sobre la cantidad a deducir del nominal invertido, en concepto de intereses percibidos durante la inversión. Considera que la cantidad que debe ser objeto de deducción no es la de 941,46 euros, que coincidiría con la recibida por la actora en concepto de “cupones” según el cálculo efectuado por la representación procesal de la entidad de crédito, que tiene en cuenta la retención que la misma hizo a efectos fiscales, sobre el importe bruto de los intereses percibidos como consecuencia de la inversión.

SEGUNDO: Afecta al objeto del debate, en buena medida, la aplicación de un principio reiteradamente proclamado en resoluciones de esta sala (así, por ejemplo, en las Sentencias de 13 de mayo y 17 de julio de 2.008) según el cual la valoración de la prueba es una cuestión que nuestro ordenamiento deja al libre arbitrio del Juez de Instancia, en cuanto que la

actividad intelectual de valoración de las pruebas se incardina en el ámbito propio de las facultades del juzgador, que resulta soberano en la evaluación de las mismas conforme a los rectos principios de la sana crítica, favorecido como se encuentra por la intermediación que le permitió presenciar personalmente el desarrollo de aquellas. De modo que, cuando se trata de valoración probatoria, la revisión de la Sentencia deberá centrarse en comprobar que aquella aparece suficientemente expresada en la resolución recurrida y que no adolece de error, arbitrariedad, insuficiencia, incongruencia o contradicción, sin que, por lo demás, resulte lícito sustituir el criterio independiente y objetivo del Juez de Instancia por el criterio personal e interesado de la parte recurrente, ya que el alcance del control jurisdiccional que supone la segunda instancia, en cuanto a la legalidad de la producción de las pruebas, la observancia de los principios rectores de la carga de la misma y la racionalidad de los razonamientos, no puede extenderse al mayor o menor grado de credibilidad de los elementos probatorios, porque ello es una cuestión directamente relacionada con la intermediación del juzgador sentenciador en la primera instancia.

Debemos valorar, por tanto, si es razonable la convicción alcanzada por la Juzgadora en relación con la declaración de nulidad que rebate la entidad CAJA RURAL DE CÓRDOBA, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO, en primer lugar en lo concerniente a la errónea apreciación que, según pretende su representación procesal en la primera de sus alegaciones, habría hecho la Sentencia apelada del incumplimiento por su parte de los deberes de información a la cliente en relación con el tipo de inversión objeto de este procedimiento. En el buen entendimiento de que, según el hilo argumental de la resolución judicial, habría sido precisamente dicha falta de información la que generó el error en el consentimiento de la Sra.

a la hora de otorgar su consentimiento en la orden de compra, fechada el 17 de enero de 2.006, de lo que, según el documento nº 2 de los aportados con la demanda (folio 43 del procedimiento) era un producto llamado “preferente Lehman Brothers”, por importe de 12.000 euros, con fecha de vencimiento 21 de septiembre de 2.009 y en las siguientes condiciones “”interés bruto: 5% (neto: 4,25%). Cada año ingreso de 510 €. Ingresando el 21-09-2009 la cantidad de 12.000 €”. Error que, por su naturaleza, engendró la nulidad de dicho pacto negocial.

Si lo que sostiene la demandante, no solo en el escrito iniciador del procedimiento, sino también en su declaración, en el acto del juicio, es que le dijeron, en la Caja, que lo que firmaba era un plazo fijo sin riesgo (aproximadamente a la altura del minuto 2:00 de la grabación) y que podría recuperar el dinero en cualquier momento con una pequeña penalización (minuto 2:40), aunque tenía que estar 3 años (3:44), hemos de valorar si, en las circunstancias acreditadas, en efecto confió el dinero a la entidad tras

habérsele indicado “esto es un plazo fijo, firme aquí”, confiando en la entidad por la relación de amistad que le unía con don Pedro la persona de referencia en la misma para ella y no pudiendo, en sus circunstancias, ser consciente de las restantes condiciones del negocio jurídico que concertaba, bien distinto al que, según sus aseveraciones, creía estar celebrando.

Hay que partir de las características de la cliente, una persona que, según se define ella misma (hacia el minuto 21:20 del juicio) ha alcanzado tan solo el graduado escolar y que, anteriormente, había encomendado a la CAJA RURAL DE CÓRDOBA la adquisición de Letras del Tesoro y mantenido en la misma un depósito a plazo fijo. No es tampoco desdeñable el dato de que, cuando abrió la cuenta, trabajara en una empresa de la que el Sr.

era gerente (22:10), ni las responsabilidades como Alcalde y Delegado de una Consejería de la Junta de Andalucía que anteriormente había desempeñado, presupuestos todos que, razonablemente, debían inspirar mayor credibilidad y confianza en persona de tan limitados conocimientos, aunque solo fuera por la impresión de competencia y por la cercanía que todo ello comportaba.

No se trata tan solo de que se adquirieran participaciones preferentes, sino de que eran perpetuas, sin vencimiento alguno, contra lo que en el documento anteriormente reseñado se consigna, por lo que solo con dicha contradicción nos hallaríamos en el terreno, no ya de la información imperfecta o errónea, sino en el de una sustancial contradicción entre lo que efectivamente firmaba la Sra. y las características reales del producto que se le ofrecía y suscribía a cambio de 12.000 euros. No es preciso acudir a la copiosa documentación que obra en la causa para persuadirse de que las participaciones preferentes son perpetuas, pues, aparte de que la propia naturaleza jurídica de las mismas lo conlleva, el Sr. jefe del departamento de atención al cliente de la entidad demandada, así lo reconoció en el juicio (sobre la 1:46:00 de la grabación, aproximadamente). Por toda explicación acerca del hecho de que se hiciera constar en el contrato la fecha de amortización, asevera que ello obedecía a que Lehman Brothers se comprometía a la misma, aunque, en determinados escritos, su entidad puntualizase que se trataba de una facultad y no una obligación.

Dicha esencial discordancia no quedaba en modo alguno salvada con el texto del Contrato de Gestión Discrecional e Individualizada de Carteras de Inversión, suscrito por la actora con la misma fecha, que se adjuntó con la respuesta que, en su día, dió el Sr. a la reclamación efectuada por la Sra. ya que en el mismo, un contrato-tipo de contenido genérico (está unido a los folios 70-76 del tomo I de la causa), no se hacía, como es lógico, referencia alguna a la concreta inversión que nos ocupa.

Es cierto que, dentro del documento nº 6 de los aportados con la contestación a la demanda se incluyó uno (folios 996 y ss. del tomo II) que contiene los términos de la emisión efectuada por “Lehman Brothers UK”, en la que figura la mención “Perpetual Preferred Securities”, pero ni se ha acreditado la recepción de dicha documentación por la adquirente de los mismos con anterioridad a la orden de compra, ni, al estar en lengua inglesa, cabe esperar que, aunque la hubiera recibido, alguien con tan limitado nivel de instrucción hubiera podido entender lo que, además, exigiría un profundo conocimiento de los términos jurídicos y mercantiles empleados, solo al alcance de especialistas en dichas materias, inextricables, por tanto, para quien tan solo ha cursado hasta el nivel de graduado escolar y, además, no disponía de asesoramiento técnico alguno, más allá del que pudiera obtener de los empleados de la propia CAJA RURAL DE CÓRDOBA, a la que acudía con plena confianza. Por lo demás, el inciso “vencimiento bono/call preferente 21-09-2009” de la orden de compra solo puede ser interpretado en el sentido postulado por la parte demandada contando con un bagaje técnico jurídico del que por completo carece la Sra.

La mención, en la orden de compra, al concepto “plazo de amortización” aboga a favor de lo sostenido por la demandante en este litigio, puesto que configura lo que pudiera entenderse, por alguien tan profano en materias contractuales como la Sra. como algo similar al depósito a plazo fijo que creía haber suscrito, cuyas características las recuerda, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 8 de junio de 2.009 (LA LEY 104223/2009), al decir que se trata de un contrato en el que lo esencial es el compromiso de que se ha de restituir al depositante la suma depositada al vencimiento del plazo pactado.

Es, pues, parte esencial en dicho tipo de pacto negocial el que dicho vencimiento exista, lo que no podía predicarse del producto financiero efectivamente adquirido en su nombre por la CAJA RURAL DE CÓRDOBA, participaciones preferentes por valor de 12.000 euros. Dicha figura jurídica está caracterizada por no atribuir un derecho a la restitución de su valor nominal, pues, en palabras del catedrático de Derecho Civil Alonso Espinosa (en el artículo “Participaciones preferentes y clientes minoristas de entidades de crédito”, LA LEY 5971/2012) es un valor potencialmente perpetuo o sin vencimiento ya que su regulación dispone de forma imperativa que el dinero captado por la entidad de crédito mediante su emisión deberá estar emitido en su totalidad y de forma permanente en la entidad de crédito dominante de la filial emisora, de modo que no atribuyen derecho de crédito contra la entidad emisora para exigirle la restitución del valor nominal invertido bajo determinadas circunstancias de tiempo o vencimiento.

Si lo que firmó la demandante fue un compromiso consistente en entregar dicha cantidad de dinero, a cambio de obtener un interés, superior al

normal, pero con la devolución del capital a fecha fija, según consta en el contrato, parece por completo comprensible que creyera estar concertando un pacto por completo distinto y, por consiguiente, ese error, del que no puede hacérsele responsable, toda vez que surge del propio texto predeterminado por la entidad de crédito, sobre un elemento esencial, y, en sus circunstancias, excusable, bastaría ya por sí solo para viciar el consentimiento prestado y hacer que el cliente incurriera en un conocimiento equivocado sobre el verdadero riesgo que asumía, sobre aspecto esencial del contrato, de entidad suficiente como para invalidar aquél de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.265 del Código Civil (así lo entiende, también para un contrato complejo, en circunstancias análogas, la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Asturias el 3 de octubre de 2.012, LA LEY 172408/2012), tal como lo ha entendido la Sentencia recurrida.

En suma, el déficit de información por parte de la entidad apelante, en relación con dichas fundamentales cuestiones, era tal que, según los documentos suscritos por las partes, llegaba hasta el punto de inducir a error sobre elementos esenciales del acuerdo en la misma orden de compra ofrecida a la cliente, lo que conduce a la desestimación de lo que, al respecto, asevera su representación procesal.

TERCERO: Buena parte de la argumentación esgrimida en la apelación gira en torno a la comprensión de las cláusulas concretas del contrato de Gestión Discrecional e Individualizada de Carteras de Inversión, así como la relación de documentos que habría ido remitiéndole a la actora la CAJA RURAL DE CÓRDOBA, con información acerca de la estado de la inversión en cada momento, sin perjuicio del envío mensual sobre sus posiciones y la correspondiente información fiscal.

Lo cierto es que la Sra. asevera que, cuando recibía los extractos, “no entendía nada” (minuto 11:25, aproximado, del juicio), sin que la Caja le informase acerca de la situación de Lehman Brothers (18:05), por lo que no se sintió afectada por la caída de dicha entidad (25:20). Afirma también que no recibió notificación de la entrada en vigor de la normativa MIFID. Es innegable que el documento nº 7 de la contestación a la demanda consiste en una carta, fechada el 22 de octubre de 2.007, en el que la CAJA RURAL DE CÓRDOBA advierte al cliente (parece responder a un formato estereotipado, puesto que no se refiere en concreto a la actora) de la entrada en vigor de la Directiva Europea de Mercados e Instrumentos Financieros (MIFID), informando de que obliga dicha normativa a clasificar a sus clientes, confiriéndole determinado nivel de protección, que, en el caso que nos ocupa correspondía a la categoría de “minorista”.

En palabras empleadas para resolver cuestiones análogas a las aquí planteadas por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de

Tenerife de 22 de junio de 2.012 (EDJ 2012/194632), ello tiene especial relevancia en el tema de la apreciación del error como vicio invalidante, dadas las especialidades de la contratación en el mercado de inversión: compleja y con un elevado nivel técnico. Así, para su comprensión por el inversor se exigen ciertos conocimientos previos y es indudable que la empresa financiera se encuentra, en general, en una posición de superioridad respecto a sus clientes, al disponer de mayor información para la gestión de sus intereses en el mercado y para asesorar o recomendar la contratación de determinados productos financieros.

A contratos como los que nos ocupan, ya se trate del genérico de Gestión Discrecional e Individualizada de Carteras de Inversión, ya de la concreta orden de compra de las participaciones preferentes, como instrumentos financieros complejos, era por completo aplicable, a partir de dicho momento, dicha regulación, con independencia de que con anterioridad también gravitase sobre la entidad la obligación de proporcionar a la cliente una transparente, completa y fiable información ajustada a sus características personales. Según ha puesto de manifiesto reiteradamente este tribunal al ocuparse de cuestiones análogas (v.gr. en la Sentencia de 4 de mayo del pasado año), MIFID obliga a las compañías a clasificar a los clientes en función de su conocimiento y experiencia, de su situación financiera y objetivos de inversión, previéndose un nivel de protección máximo para clientes minoristas como la demandante. Conforme a dicha normativa, deben instrumentarse procedimientos claros para efectuar la clasificación de los clientes, y valorar su idoneidad para cada tipo de producto financiero. Es decir, la idoneidad de cualquier consejo financiero o sugerencia inversora debe verificarse antes de que se produzca cualquier acuerdo, cualquier contratación.

No olvidemos que, conforme al artículo 78 bis 2 de la Ley del Mercados de Valores, se distingue entre clientes profesionales, que son aquellos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos, mientras que según el artículo 78 bis 4, clientes minoristas son todos aquellos que no sean profesionales, encontrándose incluida entre estos últimos la demandante. Así se pretende mejorar la protección del inversor proporcionándole de forma honesta una información imparcial, profesional y no engañosa teniendo en cuenta las circunstancias personales de los clientes, intentando evitar que el cliente contrate productos o servicios no ajustados a su perfil o que no satisfagan sus expectativas.

Por otro lado, según la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de las Islas Baleares el 16 de febrero de 2.012 (LA LEY 25500/2012) para un asunto con el que el que nos ocupa guarda grandes similitudes (hasta el tipo de valor de que se trata es análogo), la actora debe ser calificada de cliente minorista en cuanto a su perfil inversor, ostentando además, la condición de

consumidora y, por tanto, merecedora de la máxima protección, sin que el hecho de que hubiera realizado con anterioridad otras operaciones financieras con diversos importes varíe dicha conclusión, pues en ningún modo supone que tuviera acceso a la información tan compleja de los temas financieros una persona que, por lo demás, en el presente litigio, había accedido antes tan solo a productos que eran tan fácilmente comprensibles como la adquisición de Letras del Tesoro o un depósito a plazo fijo que, durante cierto tiempo, mantuvo Sra. en dicha entidad.

Aun concediendo que la actora hubiera sido consciente de la naturaleza verdadera del producto financiero objeto de la inversión que efectuaba, en este sentido (sigue diciendo la Audiencia balear, cuyo parecer plenamente compartimos) cabe tener en cuenta que las participaciones preferentes constituyen un producto complejo de difícil seguimiento de su rentabilidad y que cotiza en el mercado secundario, lo que implica para el cliente mayores dificultades para conocer el resultado de su inversión y para proceder a su venta, y, correlativamente, incrementa la obligación exigible al banco sobre las vicisitudes que puedan rodear la inversión. La Comisión Nacional del Mercado de Valores ha indicado sobre este producto que "son valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada. Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido.... Las PPR no cotizan en Bolsa. Se negocian en un mercado organizado...No obstante, su liquidez es limitada, por lo que no siempre es fácil deshacer la inversión...".

Afirma la entidad demandada que se proporcionó puntual información de todo ello a la Sra. pero si lo que se quiere hacer valer a tal fin es la copiosa cantidad de documentos que acompañan a la contestación a la demanda, salta a la vista que, en su práctica totalidad, se trata de datos posteriores a la celebración del contrato y la orden de compra de los valores, por lo que mal pudieron haber ilustrado a la adquirente a la hora de entregar una suma de dinero considerable para sus circunstancias personales. Por otro lado, su contenido exigiría, para una persona del perfil inversor de la demandante, una explicación complementaria, suficientemente expresiva, que no podría haber proporcionado la persona en que mayor confianza depositaba la actora, el Sr. quien, ligado con la entidad financiera por un contrato mercantil, era, por su parte, tan ignorante como ella acerca de la fórmula ofrecida por dicha Caja a su cliente para "gestionar de otra manera un dinero que tenía a plazo fijo" (así la define en su declaración durante el juicio, minuto 57:45 del mismo), puesto que, aunque desempeñaba las

funciones de director de la sucursal, desconocía las características de las participaciones preferentes (1:12:20).

Se sostiene en el recurso que no fue dicha persona, sino otro empleado, el Sr. Arévalo, quien celebró el contrato con la cliente, pero lo cierto es que no ha declarado en el acto del juicio y, por tanto, correspondiendo a la entidad de crédito la carga de la prueba de la suficiencia de la información brindada, en tales circunstancias, a quien estaba necesitada de ella, no cabe considerar acreditado, con la sola documentación aportada, que efectivamente hiciera honor la CAJA RURAL DE CÓRDOBA a las obligaciones que le incumbían en dicha fundamental materia.

No podemos pasar por alto (según la referencia legal citada por la Audiencia Provincial de las Islas Baleares en la Sentencia referida), que el artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores, en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente, la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses del cliente como propios. El Real Decreto 629/1.993, de tres de mayo, vigente cuando se produce la operación que nos ocupa, concretó, aún mas, la diligencia y transparencia exigidas, desarrollando, en su anexo, un código de conducta presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (artículo 4 del Anexo 1), como frente al cliente (artículo 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que toda operación conlleva " (artículo 5.3).

Ninguna de estas premisas aparece, en virtud de la prueba practicada, probado que se respetase en una operación en la que ya eran erróneos o, al menos, equívocos, conceptos esenciales, como el de la fecha de amortización, según los documentos que constan en la causa, sin que podamos confiar en lo aseverado al respecto por personas, ligadas a la CAJA RURAL DE CÓRDOBA, que no expusieron el contenido del contrato a la cliente, no lo celebraron, ni facilitaron la información previa al mismo o durante su vigencia, como los Sres. o los únicos que, en definitiva, han declarado en esta causa. Información sobre un producto complejo que le incumbía proporcionar, para no generar un error sobre aspectos fundamentales de la inversión por parte de la cliente, a la que, por lo demás, no puede compelérsele a proporcionar prueba sobre un hecho, por ella sostenido, negativo, como la falta de información.

CUARTO: En la tercera de las alegaciones del recurso se hace expresa referencia a los actos de la demandante coetáneos y posteriores a los contratos.

Sin embargo en la Sentencia se explica que actuó basándose en la confianza que le inspiraban las personas con las que habitualmente trataba en la sucursal de Fuente Obejuna de la Caja, en especial del director de la misma, por los motivos anteriormente expresados. Respecto de los cobros de determinadas liquidaciones de intereses estarían en consonancia con el error sufrido por quien, según se ha expresado con anterioridad, habría errado al firmar la adquisición de participaciones preferentes, no por falta de la debida diligencia, como se afirma en el recurso, sino porque creyó que se trataba de un depósito a plazo fijo, de modo que era por completo comprensible que solo se percatase de tales circunstancias determinantes del error y pusiera de manifiesto su contrariedad cuando, al acercarse la fecha consignada en su contrato para la devolución de su dinero, recibió una carta de la entidad de crédito (documento nº 10 de los de la demanda), en la que se le indicaba que se había abierto el plazo procesal para insinuar créditos en el procedimiento concursal de Lehman Brothers Holdings Inc., la matriz norteamericana del grupo Lehman Brothers.

Es, por tanto, harto verosímil, tal como considera el Juzgado de instancia, que se produjera un relevante error al contratar en quien, en realidad, carecía de la cualificación y el conocimiento técnico mínimos precisos para hacerlo con plena consciencia de sus consecuencias. Tal como ya hemos señalado ante parecidas manifestaciones, aunque la entidad de crédito afirme que facilitó explicación suficiente acerca del producto, no se ha acreditado que la trasladase de manera suficientemente explicativa al cliente.

Todo apunta a considerar como lo más razonable que la cliente albergara el propósito de realizar una inversión coherente con perfil que la propia entidad le asigna, conservador, que, lejos de perseguir la realización de un negocio especulativo, estaba íntimamente ligado a las relaciones de estrecha confianza personal que tenía establecidas, más que con la Caja, con los empleados de la misma, puesto que no se ha acreditado que se le informase debidamente de la trascendencia de aspectos esenciales de la inversión (recuérdese la expresa mención a un término de vencimiento, que en realidad era inexistente, por imposible), de manera que consideramos lógica la consecuencia que, en atención a la prueba practicada, alcanza la Juzgadora de instancia, en el sentido de que la demandante se representó la realidad de los contratos de forma equivocada, puesto que, lejos de constituir modalidad análoga al depósito a plazo, concertó realmente un negocio jurídico de inversión cuya complejidad excedía su comprensión y cuyos resultados desproporcionadamente perjudiciales son los que constan en la causa.

Se trata de un error, por todo lo antedicho, excusable, en la medida en que cabe reputarlo por su entidad, esencial, en tanto en cuanto la información recibida por el contratante en posición más débil no se

atemperó a las exigencias que la regulación vigente en tales contratos de inversión imponían. En este sentido, cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2.007, conforme a la cual “como regla, el Tribunal Supremo considera todo error inexcusable cuando se produce en el conjunto de contingencias que domina o conoce el deudor y sólo declara el error excusable en casos en los que existe una gran asimetría en el conocimiento de los hechos por una y otra parte o cuando la otra parte ha inducido de alguna forma el error de quien impugna el contrato”. Y en este caso, como en el anteriormente estudiado, la asimetría es patente por las razones que hemos venido exponiendo.

Cobra especial importancia que las condiciones de los contratos fueran fijadas unilateralmente por la Caja. A propósito del riesgo de la operación, tiene afirmado esta Audiencia en Sentencia de su Sección 2ª, de 27 May. 2011, que la entidad bancaria tiene un especial deber de información dirigido a formar adecuadamente la voluntad del cliente. La mera lectura de las estipulaciones que afectan a esos riesgos pone de manifiesto la dificultad de comprensión de las mismas, exigiéndose una explicación muy detallada que vaya más allá del mero funcionamiento genérico de un Contrato individualizado, debiendo abarcar incluso la situación del mercado al tiempo de la adquisición y la probabilidad de su evolución.

Aunque en el recurso de apelación se subraya, en la segunda de sus alegaciones, que la información facilitada no irrogó un error determinante de la nulidad, siendo la debida información, sobre la concreta operación celebrada (no podemos dejar de mencionar la referencia por completo discordante con la realidad a un plazo de amortización), no ya insuficiente, sino equívoca, contrariando una regulación mercantil que pretende mejorar la protección del inversor proporcionándole de forma honrada una información imparcial, profesional y no engañosa teniendo en cuenta las circunstancias personales de los clientes, intentando así evitar que el cliente contrate productos o servicios no ajustados a su perfil o que no satisfagan sus expectativas. Es patente que ello influyó de forma determinante en la decisión adoptada, pues razonablemente cabe pensar en atención a las circunstancias expuestas con anterioridad, que de haber conocido lo que realmente se contrataba, el riesgo que se asumía y la trascendencia que la inexistencia de la posibilidad de amortización de los títulos adquiridos había de tener por los avatares de la situación del mercado, cuya evolución futura no estaba en condiciones ni tan siquiera de sospechar, no hubiera firmado.

La única consecuencia jurídica posible con estas premisas es la que ha alcanzado, precisamente la Sentencia de instancia y, por ello, dado que el error sufrido por la demandante ha de calificarse como excusable, produce los efectos establecidos en los artículos 1300, 1303 y concordantes

del Código Civil, conforme se ha acordado en la resolución judicial apelada, por lo que procede desestimar el recurso, en lo que a dicho pronunciamiento respecta.

QUINTO: El último de los motivos del recurso hace referencia a una cuestión, ya planteada en el escrito de contestación a la demanda (hecho decimoprimer), pero sobre la cual no se ha pronunciado la Sentencia de instancia. Considera la representación procesal de CAJA RURAL DE CÓRDOBA que no se debe restringir la cantidad a cuya devolución viene obligada la actora, a consecuencia de la declaración de nulidad, a la suma líquida por ella percibida en concepto de intereses, por razón del contrato, que asciende, según recoge la Sentencia, a 937,98 €, sino que debería de comprender el importe bruto de los intereses. No se ha discutido por la representación procesal de la demandante, que no hace referencia alguna al respecto en el escrito de oposición al recurso, que, tal como sostiene la contraparte, el importe bruto de los intereses a que hizo frente la entidad de crédito ascendió a la suma total de 1.127,50 €.

Dicha cifra, según los documentos en que la basa la parte apelante (folios 1.012 y 1.013 del tomo II), donde se desglosan las cantidades descontadas del líquido de los intereses devengados, por razón, fundamentalmente, de retención por impuestos, sería la que, en aplicación del artículo 1.303 del Código Civil, estaría llamada a reintegrar, por cuanto se trata de, en los términos del propio precepto, una de las “cosas que hubiesen sido objeto del contrato”, ya que ha de volverse, tras la nulidad, a la situación preexistente, lo que exige la devolución de lo que, por razón de intereses, desembolsó la Caja, ya fuera porque anticipó (retuvo) una determinada suma en concepto de impuestos que corrían por cuenta de la beneficiaria de los mismos, ya porque hiciera pago líquido de lo restante.

Al no haberlo tenido en cuenta la Sentencia, debe modificarse dicho particular de la misma, en el sentido de que la suma que ha de deducirse de la que debe abonarse a la Sra. _____ por la entidad CAJA RURAL DE CÓRDOBA, será la de 1.127,50 euros y no la de 937,98 que se consigna en la resolución judicial.

SEXTO: No ha de condenarse en las costas procesales de este recurso, conforme a lo establecido en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al estimarse parcialmente el mismo.

De conformidad con la Disposición Adicional Decimoquinta, nº 9, de la L.O. del Poder Judicial, la desestimación del recurso comporta la no devolución del depósito constituido para su interposición.

FALLO

Estimamos parcialmente el recurso de apelación formulado por el Procurador Sr. Balsera Palacios, en nombre y representación de la entidad CAJA RURAL DE CÓRDOBA, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Peñarroya-Pueblonuevo en el Juicio Ordinario 44/2.011, resolución que se modifica en el sentido de que la suma que ha de deducirse de la que debe abonarse a la Sra.

por la entidad CAJA RURAL DE CÓRDOBA será la de 1.127,50 euros y no la de 937,98 que se consigna en la resolución judicial, la cual se mantiene en todos sus restantes pronunciamientos y sin hacer expresa imposición de las costas causadas en este recurso.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que en materia de recursos se habrá de estar al Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la materia fechado el 30 de diciembre de 2.011 y, verificado, expídase testimonio de la misma que, con los autos originales, se remitirá al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

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