



JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.5 OVIEDO

C/ COMANDANTE CABALLERO N° 3-5ª PLANTA; CÓDIGO POSTAL 33005 - OVIEDO

Teléfono: 985 968 890 Fax: 985 968 891 N04390

N.I.G.: 33044 42 1 2013 0010238

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000684 /2013

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE D/ña. XXX XXX XXX, XXX XXX XXX

Procurador/a Sr/a. RAMON BLANCO GONZALEZ

Abogado/a Sr/a. JORGE ALVAREZ DE LINERA PRADO

DEMANDADO D/ña. CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES , C.A.M.P.

Procurador/a Sr/a. MARIA AKEMI FUKUI ALONSO

Abogado/a Sr/a. BEATRIZ RUA PELAEZ

SENTENCIA nº 111 /2014

En Oviedo a 31 de julio de 2014.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador de los Tribunales de la parte actora, en la representación anteriormente indicada, se interpuso demanda de juicio ordinario que turnada correspondió al presente Juzgado, sobre la base de unos hechos que aquí se dan por reproducidos en aras a la brevedad, para tras alegar los fundamentos de derecho que estimó de aplicación, interesar la estimación de la pretensión solicitada en el suplico de la demanda.

SEGUNDO.- Por decreto, se admitió a trámite la demanda presentada, y se dio traslado de la misma junto con el resto de la documentación a la parte demandada, para que formulase contestación a la misma en el plazo de veinte días, contestación que se produjo en la forma y manera que es de ver, interesando la desestimación de la demanda, convocándose por diligencia de ordenación a las partes a la celebración de la correspondiente audiencia previa.

TERCERO.- En el día y hora señalada se celebró la audiencia previa, a la que asistieron las partes, ratificándose en sus escritos principales y una vez que no hubo acuerdo y se fijaron los hechos controvertidos del procedimiento, ambas partes interesaron el recibimiento del pleito a prueba en los términos que son de ver en autos.

CUARTO.- En el día y hora señalada, se practicaron los medios de prueba admitidos en el acto de la audiencia previa, en la forma y manera que es de ver en la grabación efectuada al efecto, por lo que tras el trámite de conclusiones, el juicio quedó visto para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora insta una acción de nulidad (relativa) respecto del contrato suscrito en julio de 2008, atinente a la compra de obligaciones subordinadas de BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALMANCA Y SORIA CAJAS DE AHORRO Y MONTE DE



PIEDAD S.A.U (antes "Caja Duero"), con la correspondiente restitución de prestaciones en los términos expresados en el suplico.

Entiende la parte demandante, en síntesis, que el contrato celebrado el 29 de julio de 2008, por la compra de títulos de deuda subordinada en importe de 29.000 euros a la entidad BANCO DE CAJA DE ESPAÑA, ahora demandada, se hizo sin conocer exactamente el producto que contrataba. Y ello, por la falta o defectuosa información transmitida por la demandada, incumpliendo la normativa a la que venía obligada imperativamente.

Por el contrario, sucintamente, la parte demandada señala que informó correctamente a los actores sobre la naturaleza, riesgos y características del producto litigioso, no vulnerando normativa bancaria alguna. Y por ello entiende que no se dan los requisitos legales y jurisprudenciales sobre el error como vicio del consentimiento. Alegando, además, la caducidad de la acción así como la inviabilidad de la misma en base a la teoría de los actos propios.

Así las cosas, es objeto de litigio la información contractual que se dio a la parte actora por parte de BCEISS sobre el producto litigioso y, en consecuencia, la incidencia que podría tener en el consentimiento prestado por el demandante en el contrato celebrado en orden a la declaración de nulidad. Además, habrá de analizarse previamente la caducidad y posible inviabilidad de la acción por aplicación de la teoría de los actos propios.

SEGUNDO.- En primer lugar, es menester señalar qué se entiende por deuda subordinada, entendiéndose ésta como un instrumento de renta fija con rendimiento explícito que, por sus peculiares características y especialmente por el hecho de computarse como recursos propios de la entidad emisora, puede considerarse como un instrumento híbrido de capital y renta fija. La sociedad emisora se compromete a retribuir a los obligacionistas con un interés que puede ser fijo o variable, y a devolver el capital aportado en la fecha de vencimiento si fuera redimible. En este sentido, la deuda subordinada ofrece una mayor rentabilidad con el objetivo de compensar el menor rango y peor orden de prelación que confiere a su titular en caso de insolvencia de la entidad emisora (ya que, en caso de insolvencia de la entidad financiera, los acreedores de la deuda subordinada serán de los últimos en poder cobrar su crédito).

Tal como recoge la SAP de Asturias, Sección 4ª, Sentencia de 13 Nov. 2013, rec. 333/2013 (Ponente: Tuero Aller, Francisco), haciéndose a su vez eco de otra "lo que caracteriza a la deuda subordinada es principalmente la alteración de la prelación común de tal suerte que estos préstamos ocupan un rango inferior a los créditos de los demás acreedores y no se reembolsan hasta que se paguen las demás deudas que se hallen vigentes. A cambio se retribuye con unos intereses más altos; su plazo de vencimiento es de al menos cinco años (en este caso era de diez) y solo cabe liquidarlos con antelación a ese momento acudiendo a un mercado secundario. La normativa bancaria los conceptúa como productos complejos y de riesgo".

Dentro de los tipos de deuda subordinada, en orden al vencimiento, puede ser: a) Redimible, cuyo principal tiene un vencimiento determinado en el tiempo; b) No redimible, cuyo principal no tiene vencimiento y produce una deuda perpetua (preferentes); y c) Convertible en acciones. En determinada fecha

puede convertirse en **acciones**, bien a opción de la sociedad o de los titulares de los bonos.

Por otro lado, sin perjuicio de la fecha de vencimiento que, en su caso, se hubiera fijado, los tenedores de estos "bonos" pueden venderlos en cualquier momento en el **mercado secundario** de renta fija (AIAF), si bien, sujetos a la liquidez del momento, esto es, a los compradores que haya en ese instante y el precio que estén dispuestos a pagar por los predichos títulos-valores de renta fija. Además, tales títulos valores, a diferencia de lo que sucede con los depósitos bancarios, no gozan de garantía alguna más allá de la propia del emisor.

Por último, en lo que se refiere a la normativa aplicable, decir que las obligaciones subordinadas se emiten conforme a la Ley del Mercado de Valores, 24/1988 de 28 de julio y al RD Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Además están sujetas a la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros y a la Ley 13/ 1992, de 1 de julio, de Recursos Propios y Supervisión en base consolidada de las Entidades Financieras, así como demás legislación de pertinente aplicación.

TERCERO.- En cuanto a caducidad de la acción, dado que el plazo de 4 años de caducidad (si bien a veces la jurisprudencia habla de prescripción) recogido en el art. 1301 CC no comienza a computarse sino desde la consumación del contrato, y visto que el mismo siguió produciendo efectos hasta la última liquidación en el año 2013, y siendo la demanda de la misma anualidad, no puede prosperar la excepción planteada por la demandada al no haber transcurrido el plazo previsto legalmente.

En relación a la teoría de los actos propios, teniendo en cuenta que la acción de nulidad ha sido ejercitada dentro del plazo de caducidad a que se refiere el art. 1.301 CC, que ya de por sí es relativamente breve, no puede acudirse a teorías doctrinales o jurisprudenciales para ir en contra de lo reconocido legalmente. Máxime, cuando tampoco constan los requisitos exigidos para la teoría de los actos propios. Por lo tanto, se desestima la excepción esgrimida por la demandada.

Dicho lo anterior, habrá de analizarse qué información se dio por parte de la entidad bancaria a la parte actora antes, en el instante justo de contratar y durante el desarrollo del contrato.

A tal efecto, conviene destacar primero lo reseñado por la SAP de Asturias de 13 de noviembre de 2013, que a colación de un supuesto similar dice que *"el Banco ha de explicar claramente al cliente la naturaleza, características y riesgos del instrumento que ofrece; que ese deber de información es tanto más exigible y ha de observarse con mayor rigor cuanto más complejo sea el producto en cuestión y mayor riesgo pueda generar; que la más elemental regla de buena fe contractual [arts.7 (LA LEY 1/1889) y 1258 del Código Civil (LA LEY 1/1889)] impone ese deber a la entidad bancaria, dada su posición claramente prevalente en esta clase de contratos; y que el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013 dictada a propósito de las llamadas "cláusulas suelo", ha insistido en esos deberes de transparencia e información para el consumidor, a fin de que éste "pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la*

onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo" (epígrafe 210), destacando, entre otros aspectos, que la transparencia bancaria ha de garantizar que "el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa" y pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste (epígrafes 212, 213 y 214).

2º) Esta Audiencia viene reiteradamente señalando que es al Banco a quien incumbe demostrar la observancia de ese deber de información, de acuerdo con las reglas sobre facilidad y disponibilidad de la prueba ([art. 217 LEC \(LA LEY 58/2000\)](#)). Para el cliente sería prácticamente imposible su acreditación al tratarse de un hecho negativo para él.

3º) También se ha venido señalando que no toda defectuosa información comporta la nulidad del contrato, como recuerda la sentencia del T.S. de 21 de noviembre de 2012 dictada a propósito de los contratos de permuta financiera. Es preciso que ese déficit incida decisivamente en la formación de la voluntad, motivando en quien contrata una representación equivocada respecto de lo que realmente firma, que afecte, además, a las condiciones principales de lo que conviene y no sea inexcusable, es decir, que no pueda superarse mediante el empleo de la diligencia exigible en las circunstancias concurrentes. Y

4º) Es cierto que la apreciación de la existencia de un vicio del consentimiento debe hacerse de modo restrictivo y cauteloso. La seguridad jurídica y el respeto a lo pactado así lo imponen. Ahora bien, esta pauta general ha de cohonestarse con las especialidades que concurren en la contratación bancaria, dada la posición claramente predominante del Banco respecto del cliente, los deberes de información y transparencia que la legislación impone al primero, la complejidad de muchos de los productos que ofrece y la protección que merece el cliente en su condición de consumidor".

Señalando por su parte la SAP de Asturias, Sección 5ª, Sentencia de 15 Mar. 2013, rec. 65/2013 (Ponente: Pueyo Mateo, María José) que "centrándonos en la información precontractual que se les dio a los demandantes, nos encontramos que la [Ley del Mercado de Valores \(LA LEY 1562/1988\)](#) (RCL 1988, 1644; RCL 1989, 1149 y 1781) fue modificada por la [Ley 47/2007, de 19 de diciembre \(LA LEY 12697/2007\)](#) (RCL 2007, 2302), que incorporó al ordenamiento jurídico español la [Directiva 2004/39/CE \(LA LEY 4852/2004\)](#) . En lo que aquí puede interesar, esta reforma obliga a tratar los intereses de los inversores "como si fueran propios" ([artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores \(LA LEY 1562/1988\)](#)), a dar una información "imparcial, clara y no engañosa" (artículo 79 bis 2), con el deber de facilitarles información comprensible "sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión" (artículo 79 bis 3), de suerte que tal información debe "incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias" (artículo 79 bis 3, pto. 3º), exigiendo, además, aunque no se preste el servicio de asesoramiento, un deber de la entidad de identificar la cualificación y conocimientos del inversor con relación a un concreto producto "con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el

servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente", debiendo advertir al cliente de su inadecuación cuando así lo sea (artículo 79 bis 7 de la *Ley del Mercado de Valores (LA LEY 1562/1988)*).

El Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero (LA LEY 1160/2008) (RCL 2008, 407), que derogó el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo (LA LEY 1838/1993) (RCL 1993, 1560), reguló en los artículos 60 , 62 y 64 los parámetros esenciales de la información que deben prestar las entidades y, en concreto y en lo que aquí interesa, en el primero de los mencionados preceptos se establece que "...b) La información deberá ser exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible, c) La información será suficiente y se presentará de forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios, d) La información no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes".

Así las cosas, en orden a la información facilitada por la entidad bancaria, no quedó acreditado en el acto de la vista que la misma fuera suficiente para que la parte actora prestara el consentimiento con pleno conocimiento de lo que contrataba.

En el presente caso, resulta parcialmente coincidente la declaración de la comercial de la sucursal que vendió el producto, Dña. Ana Cristina Fernández, con lo sostenido en el escrito rector. Así, la testigo señaló que en el momento de la venta no sabía que las obligaciones subordinadas eran recursos propios de la entidad, que no explicó que pudiera perderse todo o parte del dinero, que no entregaba información precontractual, que ni siquiera ella se había leído el tríptico sino que funcionaba con circulares internas, etc.

Así las cosas, además, consta como elemento objetivo el documento nº 7 de la demanda, el cual contiene el resumen de la nota de valores de la emisión de deuda subordinada de "Caja Duero". Pues bien, aun cuando en el mismo puedan constar los riesgos de dicha emisión, la información documental ofrecida por la entidad bancaria es ininteligible para un usuario medio, con constantes tecnicismos jurídico económicos de difícil comprensión, contrario todo ello al espíritu de la Ley, en cuanto que ésta busca la utilización de vocablos o explicaciones de fácil comprensión para personas ajenas al mundo financiero, cuestión ésta que no sucede en el presente caso. Pero es más, ni siquiera consta que se hubiera entregado, por lo menos, tal folleto informativo.

Además, no sólo no consta que se hubiera dado la información precontractual exigible, sino que tampoco consta en los autos documento alguno que acredite que se dio la debida comunicación durante el desarrollo del contrato en relación a las variaciones sufridas en cuanto a la calificación de la emisión o del emisor, oscilaciones que obviamente tenían una indudable repercusión a la hora de acudir al mercado secundario para vender las obligaciones como así ha puesto de manifiesto la reciente SAP de Asturias, sección sexta de 11 de noviembre de 2013, al indicar que *"la información comercial también rebajó la importancia del riesgo aludiendo a que era paralelo con el riesgo de insolvencia de la entidad; es verdad que el riesgo final de la emisión es el inherente a la voluntaria posposición de grado del acreedor para el supuesto de insolvencia definitiva de la entidad emisora, que era una hipótesis muy poco probable, pero al poner énfasis en ese aspecto se minimizó la importancia de otro que a la postre ha resultado crucial, como es el que la variación en la*

calificación crediticia de la entidad emisora durante ese periodo influiría decisivamente en la demanda del título en el mercado secundario, de manera que si el cliente necesita3ba recuperar la inversión antes del transcurso del plazo pactado de amortización, estaría expuesto a las oscilaciones de la oferta y demanda en ese mercado con la consiguiente posibilidad de pérdida de una parte del capital, como efectivamente aconteció”.

Por lo expuesto, no existiendo prueba alguna que avale la tesis de la entidad demandada, unido a las declaraciones de la testigo que comercializó el producto, se concluye que la información contractual dada por la entidad bancaria no fue lo suficientemente precisa ni transparente para que la parte actora pudiera tener un correcto conocimiento sobre la esencia de lo contratado.

CUARTO.- Mención aparte merece el llamado test de conveniencia (si bien incluso es dudoso que lo realmente exigible sea el de idoneidad) exigido en casos como el enjuiciado y lo que es más importante la forma en la que se efectuó el mismo a la actora. Así, con carácter genérico se debe indicar que nos encontramos con que el artículo 79 bis, apartado 7 de la Ley del Mercado de Valores (RCL 1988, 1644 ; RCL 1989, 1149 y 1781) establece que el objetivo del análisis de conveniencia es que la entidad obtenga los datos necesarios para valorar si, en su opinión, el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender la naturaleza y riesgos del servicio o producto ofrecido, advirtiéndole en aquellos casos en los que el producto no es adecuado.

Únicamente se excluyen de la evaluación de la conveniencia los supuestos a los que se refiere el artículo 79 bis apartado 8 de la Ley del Mercado de Valores, en los que la entidad presta el servicio de ejecución o recepción y transmisión de órdenes de clientes y, además, a iniciativa del cliente.

La finalidad de la evaluación de la conveniencia de la inversión es que la entidad, a su vez, reciba información del cliente para, con base en ella, poder hacer una advertencia al inversor sobre la adecuación de la inversión a su perfil.

Ello supone la imposición a las entidades financieras de una nueva obligación. Ya no basta con la información genérica sobre las características y riesgos del producto, sino que, además, es preciso una decisión de la entidad sobre la conveniencia de la inversión que se traduzca en una información al inversor individualizada y personalizada, hasta el punto de que puede entenderse que la decisión inversora se forma en un proceso cooperativo en el que participa limitada y regladamente la propia entidad financiera.

La evaluación de la conveniencia de la inversión es obligatoria. Así, el artículo 73 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero (RCL 2008, 407), sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y demás entidades que prestan servicios de inversión, establece que: "A los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis. 7 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que prestan servicios de inversión distintos de los previstos en el artículo anterior [servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de cartera en los que lo que se requiere es una evaluación de la idoneidad] deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o servicio de inversión ofertado o demandado”.

El artículo 74 de la misma norma establece los aspectos a considerar en el análisis de conveniencia, que serán los siguientes: "a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que está familiarizado el cliente. b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el cual se hayan realizado. c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes".

Pues bien, en general, el mecanismo establecido por las entidades para recabar los datos necesarios del cliente, cuando la información no puede obtenerse internamente, es la realización de cuestionarios o test de conveniencia.

En cualquier caso, la entidad ha de estar en condiciones de acreditar la evaluación de conveniencia realizada y ello no sólo porque el artículo 73 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, le impone el cumplimiento de dicha obligación, sino también por aplicación del principio de facilidad probatoria, - artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -, pues nadie mejor que la misma entidad se halla en buena posición para acreditar ciertos aspectos de su funcionamiento interno en sus relaciones con los inversores.

No obstante, en ocasiones deberá de realizarse el test de idoneidad, el cual opera como un plus sobre el anterior cuando se presta un servicio de asesoramiento en materia de inversión por la entidad bancaria. Así, a raíz de las SSTS de 20 de enero de 2014, así como 7 de julio del mismo año, en las cuales a su vez el TS se hace eco de lo dicho por el TJUE, en orden a diferenciar cuando se hace necesario el predicho test de conveniencia, o en su caso, el test de idoneidad, aun cuando se refiere a una permuta financiera, sirve a los efectos que aquí importan, y dice el Alto Tribunal que *"para discernir si un servicio constituye o no un asesoramiento en materia financiera -lo que determinará la necesidad o no de hacer el test de idoneidad- no ha de estarse tanto a la naturaleza del instrumento financiero como a la forma en que este es ofrecido al cliente, valoración que debe realizarse con los criterios establecidos en el artículo 52 de la Directiva 2006/73 , que aclara la definición de servicio de asesoramiento financiero en materia de inversión del artículo 4.4 de la Directiva MiFID , según la doctrina fijada por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L. (C-604/2011), conforme a la cual tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap realizada por la entidad financiera al cliente inversor " que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público". Y continúa señalando en orden a la función de tales test que "la finalidad del test de conveniencia -que va dirigido a la valoración de los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con el objetivo de que la entidad financiera pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera y pueda determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa, en los términos que establece el artículo 73 RD 217/2008 (LA LEY 1160/2008) -, de la finalidad del test de idoneidad -que procede, como se ha dicho, cuando se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de cartera mediante la realización de una recomendación personalizada-, en el que se suma el test de conveniencia (sobre conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente) a un*

informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan, según especifica el **artículo 72 del RD 217/2008 (LA LEY 1160/2008)**".

En el presente caso, en orden al test de conveniencia realizado, nos encontramos con preguntas predeterminadas, - cuando en realidad deben ser preguntas individuales o personales atendiendo a los estudios y conocimientos de cada uno de los potenciales clientes en aras a averiguar los conocimientos que los mismos tienen sobre productos similares -, y exiguas, donde únicamente se realizan cuatro preguntas que son, a todas luces, insuficientes para poder acometer la empresa de conocer los conocimientos financieros del actor. Pero además, reconoció la testigo que en este caso, siendo el resultado del mismo no conveniente, no se informó o advirtió sobre ello al cliente.

Por consiguiente, se concluye la falta de idoneidad del test para lo que era su finalidad, lo que coadyuva a pensar que el demandante desconocía lo que era el producto litigioso, y ello, obviando que el mismo no fue realizado a la otra parte contratante Dña. XXX XXX.

QUINTO.- Examinada ya la falta o precaria información transmitida por la entidad bancaria, habrá de determinarse la influencia o carácter de la misma a la hora de declarar la nulidad de un contrato como el que nos ocupa.

Antes de ello, conviene recordar no obstante los elementos jurisprudenciales atinentes al error como vicio del consentimiento, para lo cual, me haré eco de lo señalado por el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 21 Nov. 2012 (rec. 1729/2010; Ponente: Ferrándiz Gabriel, José Ramón) que dice "Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta - sentencias 114/1985, de 18 de febrero, 295/1994, de 29 de marzo, 756/1996, de 28 de septiembre, 434/1997, de 21 de mayo, 695/2010, de 12 de noviembre, entre muchas -. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada - «pacta sunt servanda» - imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad - autonomía de la voluntad -, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una «lex privata» (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos - sentencia de 15 de febrero de 1977 -.

I. En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

*II. Dispone el **artículo 1266 del Código Civil (LA LEY 1/1889)** que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer - además de sobre la persona, en determinados casos - sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo - sentencias de, 4 de enero de 1982, 295/1994, de 29 de marzo, entre*

otras muchas -, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato - artículo 1261, ordinal segundo, del Código Civil -. Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato - que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

III. Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias - pasadas, concurrentes o esperadas - y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

IV. Como se indicó, las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos - sentencias de 8 de enero de 1962, 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997, entre otras -. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

V. Se expuso antes que el error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia.

VI. Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia - sentencias de 4 de enero de 1982, 756/1996, de 28 de septiembre, 726/2000, de 17 de julio, 315/2009, de 13 de mayo - exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida".

Pues bien, en el presente caso, de la prueba expuesta en líneas precedentes se infiere sin la menor duda posible, que además de no haber cumplido la entidad demandada de forma correcta con la obligación de suministrar una información precontractual y contractual en los términos en los que venía obligada, por cuanto no dio las explicaciones del producto que le eran exigidas, especialmente las relativas a los riesgos del mismo, pues no consta en ningún documento, de forma que sea comprensible para un usuario

medio, un apartado destacado relativo a la posible falta de liquidez del producto ante una devaluación de la solvencia de la entidad bancaria, como tampoco los riesgos de pérdida del capital o de no remuneración de los intereses ante pérdidas de la entidad, circunstancias éstas que unida a la defectuosa realización del test, hace que nos encontramos sin duda alguna ante la formalización de un consentimiento contractual por parte del demandante de una forma deficiente, lo que conlleva la declaración de nulidad postulada al concluirse que su consentimiento estuvo viciado por un error esencial y excusable en los términos que se exige por el TS.

Y excusable, especialmente, no sólo por la falta de transparencia y claridad de la entidad a la hora de exponer los riesgos, o si se prefiere, la parte negativa del contrato, sino porque el mero hecho de contratar un simple particular con una entidad bancaria (por lo menos hasta ahora), implica de facto un mayor grado de confianza así como de seguridad por parte del cliente, que hace que no se le pueda exigir la misma "diligencia" que si contratare con cualquier otra persona física o jurídica. Y ello, por cuanto la base del funcionamiento bancario no es otra que la seguridad y confianza que los usuarios tienen tanto respecto del banco como del personal a su servicio, y sin la cual caería, inexorablemente, el sistema establecido.

SEXTO.- En consecuencia, atendiendo al art 1.303 del CC, declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato con sus frutos, y el precio con los intereses.

Esto supone que la pretensión ejercitada en la demanda debe ser estimada y en consecuencia, la entidad demandada deberá restituir la parte actora la cantidad de 29.000 € en concepto de principal, así como las comisiones cobradas con el IVA incluido, y la actora deberá devolver la cantidad percibida en concepto de rendimiento bruto de los títulos, así como los títulos adquiridos originariamente o aquellos en que se hubieran convertido, con los intereses de tales cuantías desde la entrega que tuvo lugar en cada momento conforme a lo previsto en el art. 1303 CC y siguientes.

SÉPTIMO.- Conforme a lo previsto en el art. 576 LEC las anteriores cuantías que hayan de ser objeto de restitución se les aplicará el interés procesal desde la fecha de la presente resolución y hasta su completo pago.

OCTAVO.- En orden a las costas, conforme a la regla del vencimiento tal como disponen los artículos 394 y siguientes de la LEC, procede la imposición de las mismas a la parte demandada.

PARTE DISPOSITIVA

Estimo la demanda interpuesta por la representación procesal de D. XXX XXX XXX y Dña. XXX XXX XXX frente a BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALMANCA Y SORIA CAJAS DE AHORRO Y MONTE DE PIEDAD S.A.U y en su virtud:

1. Declaro nulo el contrato de obligaciones subordinadas suscrito el 29 de julio de 2008 entre las partes, debiendo



proceder a la restitución recíproca de las cosas en los términos expresados en el fundamento de derecho sexto.

2. A la cuantía resultante de restitución se le incrementará el interés procesal desde la fecha de la presente resolución hasta su completo pago.

3. Condeno en costas a la parte demandada.

Frente a la presente resolución cabe recurso de apelación dentro de los 20 días siguientes a su notificación para que conozca la Ilma. Audiencia Provincial, conforme a lo previsto en los artículos 455 y siguientes de la LEC.

Así lo acuerda y manda el que suscribe, Hugo Calzón Mahía.

PUBLICIACION.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por el ILMO. Magistrado-Juez que la dicto estando celebrando audiencia, en el día de la fecha. De lo que doy fe.

