



JDO. PRIMERA INSTANCIA N.11 DE OVIEDO

C/ ROSAL 7 BIS (33009-OVIEDO)

Teléfono: 985 106 486/500

Fax: 985 106 893

N04390

N.I.G.: 33044 42 1 2014 0001786

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000160 /2014

Procedimiento origen: DILIGENCIAS PRELIMINARES 0000160 /2014

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE D/ña. MARIA 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 XXX

Abogado/a Sr/a. IKER JUNQUERA LANDETA

SENTENCIA Nº 178/2014

En Oviedo a dieciséis de septiembre de dos mil catorce. El Ilmo. Sr. Don Eduardo García Valtueña, Magistrado Juez del juzgado de Primera Instancia número 11 de Oviedo, ha visto los autos de juicio ordinario seguidos ante el mismo bajo el **número de registro 160/14** promovidos por el procurador Sr. Blanco González, en nombre y representación de doña María XXX XXX y don XXX XXX XXX, con la asistencia del letrado Sr. Álvarez de Linera, contra Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, Caja de Ahorros y Monte de Piedad, SAU (Banco Ceiss), que compareció representada por la procuradora Sra. Fukui XXX y defendida por el letrado Sr. Junquera Landeta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el procurador Sr. Blanco González, en la representación citada, se promovió juicio ordinario contra Banco Ceiss, SAU en donde, tras exponer los hechos en que se basaba y alegar los fundamentos jurídicos que estimó aplicables al caso, terminó suplicando se declarara la nulidad del contrato de adquisición de obligaciones subordinadas Caja España 29 de Junio 2010, con restitución a los demandantes de las prestaciones recíprocas, esto es, la demandada deberá devolver el principal pagado, más los intereses legales desde la fecha de abono, y el demandante los títulos recibidos, los intereses percibidos, incrementados en el interés legal desde la fecha de cobro.



SEGUNDO.- Se admitió a trámite la demanda por resolución de veintiocho de abril de dos mil catorce, acordando emplazar a la demandada para que contestara a la demanda contra la misma formulada, lo que así hizo interesando su desestimación.

TERCERO.- Con fecha veintiséis de junio de 2014 se celebró la audiencia previa al juicio con el objeto previsto en los artículos 414 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y tras fracasar el intento de acuerdo o transacción entre las partes y sin que se suscitaran cuestiones procesales, todas las partes se ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación a la misma. Recibido el procedimiento a prueba, se admitió la propuesta en los términos que constan en la correspondiente acta.

CUARTO.- El día nueve de septiembre de dos mil catorce se celebró el acto de juicio, con la práctica de las pruebas admitidas y con el resultado que es de ver en la correspondiente acta.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO- Es objeto de litigio la petición de anulación de un contrato de suscripción de obligaciones subordinadas de la entidad demandada. Se funda la petición en la concurrencia de error en la prestación del consentimiento, derivado de la falta o insuficiente información facilitada por la demandada a la actora sobre la verdadera naturaleza jurídica y caracterización del contrato. La demandada sostiene la validez del contrato en atención a las condiciones personales de los demandantes y por haber observado la entidad bancaria el deber de información que le incumbía.

SEGUNDO.- Se ha advertido sobre la inconveniencia de la sobremotivación de las resoluciones en este tipo de litigios, al hilo de la abundancia normativa reguladora que en ocasiones hace perder la perspectiva del objeto del debate, incluso hace otorgar un sentido contrario a aquella normativa que tiende a proteger a los clientes, pues un cumplimiento ritual de la misma haría más difícil la protección del interés que pretende tutelar. No obstante ello y la proliferación de juicios con el mismo objeto, a riesgo de pecar en tal defecto y de resultar reiterativo, al ser conocido por ambas partes que ahora litigan el sentido de las resoluciones de este Juzgado (coincidente con el seguido por la Audiencia Provincial), esbozaremos unas breves líneas sobre aquella normativa protectora del consumidor, ya conocida por los litigantes al ser tan reiterados los juicios.



En el presente caso se pretende la anulación de los contratos de suscripción de obligaciones subordinadas (OBS). Las OBS son caracterizadas por la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5ª, de 15 de marzo de 2013 de la siguiente forma: "...en este sentido debe señalarse con carácter previo que las obligaciones subordinadas, como pone de relieve autorizada doctrina -Tapia Hermida-, constituyen una mutación o alteración del régimen de prelación común a las obligaciones, que obedece al exclusivo propósito de fortalecer los recursos propios de las entidades de crédito y muy especialmente de las Cajas de Ahorros, caracterizándose porque en caso de quiebra o liquidación de la entidad de crédito tales obligaciones-préstamos ocupan un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores y no se reembolsarán hasta que se hayan pagado todas las demás deudas vigentes en ese momento, constituyendo uno de sus requisitos el que dichos fondos deben tener un vencimiento inicial de al menos 5 años, tras dicho período podrán ser objeto de reembolso, así como que las autoridades competentes podrán autorizar el reembolso anticipado de tales fondos siempre que la solicitud proceda del emisor y la solvencia de la entidad de crédito no se vea afectada por ello. La idea fundamental desde el punto de vista jurídico reside, como señala el profesor Sánchez Calero, "en que la entidad de crédito prestataria y el adquirente inversor prestamista pactan, entre otras condiciones, que tales préstamos ocupen un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores y no se reembolsen hasta que se hayan pagado todas las demás deudas vigentes en ese momento" y es por ello, como señala la doctrina, por lo que la computabilidad como fondos propios no reside tanto en la titularidad de los recursos captados ni en su funcionalidad, cuanto fundamentalmente en su inexigibilidad. La regulación de estas obligaciones la encontramos en la Ley 13/85. En este producto se pacta no ya que el crédito carece de privilegio alguno, sino que ni siquiera alcanza el estatus de crédito ordinario, se produce, como señala el profesor Sánchez Calero, un desplazamiento del crédito, de forma que el principio de la par conditio creditorum sufre en este caso una excepción contraria a la de los acreedores privilegiados, estamos ante una excepción "en menos" inversa a la de los privilegios, que altera el régimen común de prelación y que sitúa a las obligaciones subordinadas tras los acreedores comunes del derecho civil citados en el sexto lugar del orden establecido en el art. 913 del Código de Comercio. El precio de la postergación lo constituye el devengo de los intereses más altos que la media del mercado de renta fija privada, de modo que a menor seguridad de tales obligaciones debido a su carácter subordinado debe



incrementarse la rentabilidad de las mismas. Como se infiere de la prueba practicada, y ya se anticipó en líneas precedentes, no era éste el producto que habían solicitado los demandantes, siendo un hecho pacífico que lo que ellos querían era una inversión a un plazo de unos dos años que devengara los mejores intereses posibles, con posibilidades de reembolso antes de su vencimiento”.

En todo caso, es pacífico que las OBS son consideradas normativamente como “un producto complejo” que impone una serie de exigencias en orden a su régimen de emisión, información y valoración de su conveniencia e idoneidad en relación con el cliente. Aquella complejidad requiere que, para su comprensión y correcta valoración, concurra una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general, de forma que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario. Y las entidades financieras deben estar en condiciones de acreditar que, con anterioridad a la formalización de la operación, se ha facilitado al cliente un documento informativo sobre el producto en el que se indiquen sus características principales, considerándose en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas y usos financieros. El artículo 79.bis de la LMV, en su número tercero, (antes de la modificación introducida por la Ley 9/2012, de 14 de noviembre) establecía que las entidades deben proporcionar a sus clientes, de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros de modo que dicha información les permita comprender la naturaleza y riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero ofrecido. Obligación de información que alcanza tanto a operaciones que se produzcan en el momento de la emisión de los valores (mercado primario), como con posterioridad (mercado secundario). En desarrollo de lo previsto en la LMV, el artículo 64 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que presten servicios de inversión (en adelante RD 217/2008) establece que la información sobre los instrumentos financieros que se proporcione a los clientes debe describir su naturaleza y explicar sus características y los riesgos inherentes a los mismos. El artículo 62 del citado RD 217/2008 puntualiza que dicha información debe proporcionarse a los clientes minoristas en un soporte duradero y, finalmente, su artículo 70 determina la información periódica (al menos anual) que debe facilitarse a los inversores. Los números 6 y 7 del artículo 79.bis de la LMV establecen diferentes requisitos respecto



a la información que las entidades deben recabar de sus clientes minoristas, respecto a los avisos que deben facilitarles y respecto a las exigencias que deben cumplir en función del tipo de servicio de inversión que les presten. Para la prestación de los servicios financieros de asesoramiento en materia de inversión (emisión de recomendaciones personalizadas a un inversor) y gestión discrecional de carteras, las entidades deben analizar los conocimientos y experiencia de los clientes en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o servicio concreto de que se trate, su situación financiera y sus objetivos de inversión, de forma que les pueda recomendar los servicios de inversión e instrumentos financieros que más les convengan. Esta garantía normativa a favor de los clientes que se denomina comúnmente análisis de idoneidad y es la que mayor nivel de protección aporta a los clientes minoristas. En el caso de que el producto no resulte coherente con los objetivos de inversión y situación financiera del cliente, el intermediario no puede recomendar su contratación. El artículo 72 del RD 217/2008 precisa que, en función del tipo de cliente y del servicio prestado, al analizar los objetivos de inversión del cliente, las entidades deben recabar información referida al horizonte temporal de la inversión, preferencias de asunción de riesgos, perfil de riesgo y finalidad de la inversión y al analizar su situación financiera deben recabar información respecto al origen y nivel de sus ingresos periódicos, sus activos y sus compromisos financieros periódicos, además de la información referida a conocimientos y experiencia. Para la prestación del resto de servicios financieros, las entidades deben analizar únicamente los conocimientos y experiencia de los clientes en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado con la finalidad de evaluar si éstos resultan adecuados para el cliente. Esta garantía normativa a favor de los clientes se denomina comúnmente análisis de conveniencia. El artículo 73 del RD 217/2008 precisa que, en función del tipo de cliente y del servicio prestado, al analizar los conocimientos y experiencia del cliente las entidades deben recabar información referida al tipo de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que el cliente esté familiarizado; la naturaleza, volumen y frecuencia de las transacciones del cliente y el periodo durante el que se hayan realizado y su nivel de estudios y profesión actual o pasada. En ámbitos diferentes al asesoramiento y la gestión discrecional, cuando la entidad considere que el producto o servicio no resulta adecuado para el cliente debe advertírselo antes de prestarle el servicio de inversión. Igualmente, si el cliente no facilita la información necesaria, antes de prestarle el servicio financiero la entidad



debe advertirle que dicha decisión del cliente le impide determinar si el servicio o producto es adecuado. En ambos casos, la norma permite continuar con la contratación después de haber realizado las preceptivas advertencias de no conveniencia o de ausencia de evaluación al cliente.

El Tribunal Supremo ha establecido un criterio jurisprudencial a partir de la sentencia del pleno STS de 20 de enero de 2014, sobre el contenido de los deberes de información de la entidad financiera cuando comercializa con clientes minoristas un producto financiero complejo y la incidencia del incumplimiento de esos deberes de información para la apreciación de error vicio del consentimiento determinante de la nulidad del contrato. Insiste en tal criterio en las recientes sentencias de 7 de julio de 2014 (dos sentencias, recursos 892/2012 y 1520/2012) y 8 de julio de 2014.

La sentencia de 20 de enero de 2014, dictada por su pleno, que sienta la siguiente doctrina a propósito de un swap:

“Alcance de los deberes de información y asesoramiento

6. Normativa aplicable al contrato de swap cuya nulidad se pretende. Ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto.

Para entender bien el alcance de la normativa específica, denominada MiFID por ser las siglas del nombre en inglés de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros (Markets in Financial Instruments Directive), de la que se desprenden específicos deberes de información por parte de la entidad financiera, debemos partir de la consideración de que estos deberes responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de

que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (*The Principles of European Contract Law-PECL*-cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica "*Good faith and Fair dealing*" ("*Buena fe contractual*"), dispone como deber general: "*Each party must act in accordance with good faith and fair dealing*" ("*Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe*"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar.

En lo que ahora interesa, que es determinar el alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de productos financieros complejos, como es el swap, al tiempo en que se llevó la contratación objeto de enjuiciamiento (13 de junio de 2008), "las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes" del art. 19 Directiva 2004/39/CE ya habían sido traspuestas a nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y ss de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV). También había entrado en vigor el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación.

7. Información sobre los instrumentos financieros. El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, "de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión", que "deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias" (apartado 3).

El art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero, regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe "proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en

particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional". Y aclara que esta descripción debe "incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas".

En su apartado 2, concreta que "en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.

b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.

c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.

d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento".

8. Evaluación de la conveniencia y de la idoneidad. Además, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad.

La entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia, conforme a lo previsto en el art. 79bis. 7 LMV (arts. 19.5 Directiva 2004/39/CE), cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa. Como aclara el art. 73 RD 217/2008, de 15 de febrero, se trata de cerciorarse de que el cliente "tiene los conocimientos y experiencia

necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado".

Esta "información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previsto, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

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 periodo durante el que se hayan realizado.

c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes" (art. 74 RD 217/2008, de 15 de febrero).

Contrariamente a lo que entiende el recurrente, estas exigencias propias del test de conveniencia son menores que cuando debe valorarse la idoneidad del producto conforme al art. 79 bis. 6 LMV (art. 19.4 Directiva 2004/39/CE). El test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

Para ello, especifica el art. 72 RD 217/2008, de 15 de febrero, las entidades financieras "deberán obtener de sus clientes (...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes condiciones:

a) Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.

b) *Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...).*

c) *Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción (...).*

9. *Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE.*

El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que "se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor(...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que 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" (apartado 55).

A la vista de esta interpretación y de lo acreditado en la instancia, no cabe duda de que en nuestro caso Caixa del Penedés llevó a cabo un servicio de asesoramiento financiero, pues el contrato de swap fue ofrecido por la entidad financiera, por medio del subdirector de la oficina de Palamós, aprovechando la relación de confianza que tenía con el administrador del cliente inversor, como un

producto financiero que podía paliar el riesgo de inflación en la adquisición de las materias primas.

Caixa del Penedés debía haber realizado un juicio de idoneidad del producto, que incluía el contenido del juicio de conveniencia, y ha quedado probado en la instancia que no lo llegó a realizar. Para ello, debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto, que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía, y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más que le convenía.

Error vicio del consentimiento

10. Del incumplimiento de estos deberes de información pueden derivarse diferentes consecuencias jurídicas. En este caso, en atención a lo que fue objeto litigioso y al motivo del recurso de casación, debemos centrarnos en cómo influye este incumplimiento sobre la válida formación del contrato.

En su apartado 57, la reseñada STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil

48. S.L. (C-604/2011), pone de relieve que, "si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, esta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que traspone el artículo 9, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39, ni cuáles podrían ser esas consecuencias". En consecuencia, "a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad [vid Sentencia de 19 de julio de 2012, caso Littlewoods Retail (C-591/10), apartado 27]".

Tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación, en atención al petitum y a la causa petendi de la demanda, apreciaron la concurrencia de error vicio en la contratación del swap y acordaron la anulación del contrato. En casación se cuestiona que la acreditada infracción de los deberes de información y de la valoración de idoneidad prevista en el art. 79bis LMV no debía haber conllevado el error vicio en la contratación de aquel producto financiero. Y al hilo de ello, el recurso cuestiona cuál es la incidencia de la infracción por parte de la entidad financiera de

los deberes previstos en el art. 79bis LMV en la válida formación del contrato, y en concreto en la posible apreciación de error.

11. *Jurisprudencia sobre el error vicio. La regulación del error vicio del consentimiento que puede conllevar la anulación del contrato se halla contenida en el Código Civil, en el art. 1266 CC, en relación con el art. 1265 y los arts. 1300 y ss. Sobre esta normativa legal, esta Sala primera del Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina jurisprudencial, de la que nos hemos hecho eco en las ocasiones anteriores en que nos hemos tenido que pronunciar sobre el error vicio en la contratación de un swap, en las Sentencias 683/2012, de 21 de noviembre, y 626/2013, de 29 de octubre: Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. 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.

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.

El art. 1266 CC dispone 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, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). 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.

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.

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. 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

El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro 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. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega 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

12. El deber de información y el error vicio. Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la

asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.

El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero

En nuestro caso el error se aprecia de forma muy clara, en la medida en que ha quedado probado que el cliente minorista que contrata el swap de inflación no recibió esta información y fue al recibir la primera liquidación cuando pasó a ser consciente del riesgo asociado al swap contratado, de tal forma que fue entonces cuando se dirigió a la entidad financiera para que dejara sin efecto esta contratación.

De este modo, el deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo como el swap de inflación conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato. Para cubrir esta falta de información, se le impone a la entidad financiera el deber de suministrarla de forma comprensible y adecuada.

Pero conviene aclarar que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información

Al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente.

13. Incumplimiento de los test adecuación e idoneidad. Sobre la base de la apreciación legal de la necesidad que el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados, y del deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una información comprensible y adecuada sobre tales extremos, para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación.

En el primer caso, en que la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, la entidad debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el test de conveniencia. En el segundo, si el servicio prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado test de idoneidad.

En un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.

En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta valoración,

si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo”.

Las sentencias posteriores resumen el criterio jurisprudencial de la siguiente forma, según la sentencia del 7 de julio de 2014, recurso 892/2012:

“Según se declaró en la STS nº 840/2013 , la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y los clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial, a la que ya se había referido esta Sala en la STS nº 244/2013, también del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso nº 1979/2011 , en la que -aunque dictada en un proceso sobre un contrato de gestión discrecional de cartera de inversión concertado antes de la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva MiFID- se analizó el alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor y, en concreto, el elevado estándar de información exigible a la empresa que presta el servicio de inversión. Ahora esta Sala debe reiterar en la presente sentencia los criterios de interpretación y aplicación de esa normativa y la incidencia de su incumplimiento en la apreciación de error vicio del consentimiento.

Conforme a esta línea jurisprudencial, el cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el artículo 7 CC , y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias (art. 79 bis LMV, apartados 2 y 3 ; art. 64 RD 217/2008).

Para articular adecuadamente ese deber legal que se impone a la entidad financiera con la necesidad que el cliente minorista tiene de ser informado (conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados) y

salvar así el desequilibrio de información que podría viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses que se da en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, en la prestación de asesoramiento financiero para su contratación, como son la realización del test de conveniencia -cuando la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente previamente formada, dirigido a evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar-, y el test de idoneidad, cuando el servicio prestado es de asesoramiento financiero dirigido, además de a verificar la anterior evaluación, a efectuar un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente para poder recomendarle ese producto.

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 ".

Además, en la STS nº 840/2013 esta Sala se refirió a la diferente función de ambas evaluaciones, distinguiendo 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 -, 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 .

A partir de las anteriores consideraciones relativas al deber de información de la entidad financiera al cliente minorista en la contratación de productos complejos, en la STS nº 840/2013 se fijó, tras analizarse en ella la reiterada doctrina de esta Sala sobre los requisitos del error vicio de consentimiento, la doctrina relativa a la incidencia del incumplimiento de ese deber en la apreciación del error vicio del consentimiento cuando haya un servicio de asesoramiento financiero, doctrina que se reitera en la presente sentencia y que puede resumirse en los siguientes puntos:

1. El incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo.

2. El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto, en este caso el swap .

3. La información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (art. 79 bis 3 LMNV)- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

4 . El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrarla de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente.

5 . En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap , como si, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo; y la omisión del test que debía recoger

esa valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento; por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo”.

TERCERO.- Debe proyectarse el anterior criterio sobre el concreto supuesto ahora enjuiciado. Al respecto se aducen en el escrito de demanda los siguientes hechos: 1º doña María XXX es ama de casa y don XXX XXX “jubilado de la construcción”, y ambos cursaron únicamente los estudios básicos. 2º Los demandantes carecen de especiales conocimientos financieros, habiéndose dejado aconsejar por los empleados de las entidades financieras en las que ha depositado su dinero. Siempre han preferido sacrificar otras ventajas en beneficio de la seguridad y la disponibilidad de sus ahorros. En el año 2007 “les consiguieron colocar otro producto de riesgo, como son los bonos de Tesorería, aunque en aquel caso, como en el presente, se les dijo que era un producto de ahorro seguro”. 3º Los demandantes tenían ahorrados 18.000 euros en el año 2010 y por parte de Caja de España, su empleado don Regino Ordóñez les refirió la existencia de un producto que comercializaba su entidad “que es como un plazo fijo pero con mejores condiciones; totalmente seguro y reembolsable cuando el cliente lo desee”; 5º No se le entregó a los demandantes documentación alguna y, recabada posteriormente, pudo comprobar que habían firmado el 18 de junio de 2010 un contrato de administración de valores (el contrato era previo), un contrato básico MiFID, dos órdenes de valores por 12.000 euros y 6.000 euros y test de conveniencia en el que las respuestas estaban ya consignadas. No se le entregó a la demandante el tríptico y los demandantes estamparon su firma en una tableta. 6º El 22 de junio les indicaron que debían pasar otra vez por la oficina porque habían quedado documentos por firmar y, sin ninguna otra indicación, firmaron una orden de valores de OBS emisión 2010-Junio y el tríptico de la emisión. Y 7º Las órdenes de valores se refieren a los riesgos en forma incompleta, con lenguaje nada claro y sin estar destacados, en letra más pequeña. No se les entregó documentación previa a la contratación, ni ningún documento independiente sobre los riesgos del producto.

A partir de tales presupuestos fácticos se sostiene en la demanda que concurre un vicio del consentimiento causado al concurrir un error en su prestación debido a que, por la ausencia de información previa a su contratación, la demandante ignoraba los elementos esenciales del contrato.

Por su parte, la entidad bancaria afirma: 1º Los demandantes mostraron su interés en las OBS el 18 de junio de 2010 y la adquisición se produjo previa suscripción de la documentación requerida por la normativa vigente; 2º Los demandantes no fueron inducidos por el personal de Caja España a adquirir las OBS, ni tampoco se le ocultó información; 3º Los demandantes canjearon las OBS adquiridas en junio por OBS 10-Jun el 22 de junio de 2010, que daban una mayor rentabilidad; 4º Los demandantes adquirieron el producto libre y voluntariamente; 3º Caja España cumplió con las obligaciones de información legalmente establecidas. 4º Los demandantes firmaron respecto del canje de unas OBS por otras el tríptico resumen del folleto de la emisión, el test de conveniencia de fecha 18 de junio en el que se hizo constar que tenía estudios superiores y realizaban inversiones con frecuencia trimestral y la orden de canje; 5º Caja de España no asumió labores de asesoramiento; 6º La parte actora era consciente del producto y lo contrató llamada por la elevada rentabilidad que ofrecía; y 6º El hecho de que la parte actora disponga de conocimientos financieros básicos no implica que esté incapacitada legalmente, ni que carezca de capacidad de obra y en el test de conveniencia había consignado tener estudios superiores.

De la prueba practicada resulta: 1º No consta probada la ocupación y formación de los demandantes. No consta que la demandada se hubiera preocupado por determinar aquéllas, ni que las tuviera en consideración para informar convenientemente a sus clientes; 2º La demandante había contratado con anterioridad bonos de Tesorería comercializados por la misma demandada, sin que conste la información facilitada en aquella anterior ocasión; 3º Un empleado de la demandada ofreció a los demandantes la contratación de las OBS. En la demanda se identifica al empleado, que no declaró finalmente como testigo. Tal explicación resulta más plausible que suponer que los demandantes investigaron por su cuenta sobre aquellos productos y se dirigieron posteriormente al banco para su adquisición, cuando no existe ni con anterioridad, ni posterioridad otro comportamiento financiero semejante; 4º No se practicó más prueba que la documental sobre las circunstancias como contrataron las OBS. Se aprecia una extraña operativa, que comprende la adquisición de unas OBS para su canje tres días después por otras diversas, que difícilmente puede imputarse a los demandantes, sino a la conveniencia de la demandada por motivos no explicados. El test de conveniencia se consignó sin que conste que respondiera a las preguntas

que pudieran formularle a los clientes, de lo que evidencia aquellos estudios superiores que se dice ostentaba el demandante, sin otra aclaración posterior, o que el demandante estaba familiarizado con el producto. A los dos días volvieron a acudir los demandantes y firmaron una nueva orden de valores y el tríptico resumen de la emisión de junio de 2010. En la orden de valores se describía el producto como canje de Obl. C España 3-OCT por Oble C España 10-Jun y añadía en letra de tipografía diminuta diversas indicaciones, ajenas a la operación, como las referidas a inversiones en acciones o en warrants. Incluso la referida a las OBS contenía unos términos tan vagos como los siguientes: “La inversión en cédulas hipotecXXX, bonos de tesorería, obligaciones subordinadas, participaciones preferentes y emisiones de renta fija emitidas por emisores de alta, media y baja calidad crediticia conlleva un riesgo de mercado, un riesgo de crédito, un riesgo de liquidez y otros riesgos”. La misma forma como se incluye en el documento aquella advertencia, ideada para que pasara desapercibida –tipografía diminuta, menor que el resto del documento que se refiere a la orden de suscripción-, apunta a la realidad de la afirmación de la demanda de que no recibió advertencia alguna. En todo caso, a partir de ese estereotipado impreso en el que no se recoge expresamente la firma del cliente en la advertencia de los riesgos, sino como consentimiento a la orden de valores, no puede considerarse probado que esto ocurrió. 5º No se le entregó en tal caso documentación previa, ni consta que se hubiera permitido leer el tríptico resumen previamente a la firma de la orden de valores, que, en todo caso, constaba de diez páginas; 6º Todas las firmas realizadas por los demandantes lo hicieron en tableta electrónica, hecho expuesto en la demanda y no negado en la contestación, que no permite su cómoda lectura por el cliente, máxime dada la extensión y complejidad de los documentos. 7º No consta que los demandantes tuvieran conocimiento de que las OBS se tratara de un producto financiero complejo y de riesgo; y 7º No fue realizado el test de idoneidad.

CUARTO.- Basta contrastar las exigencias formales reseñadas en el fundamento jurídico tercero de esta resolución con las observadas en este caso que se dan por probadas en el fundamento jurídico cuarto para apreciar la evidencia de que el banco incumplió sus deberes de asesoramiento, información y demás mecanismos legales de protección del cliente de forma abrumadora. Pero ha de examinarse si concurrió el vicio del consentimiento (art. 1261y 1266 CC) que se aduce para procurar así la anulación del contrato, esto es, si existió una representación falsa sobre la naturaleza y riesgos del contrato, debiendo tenerse en

consideración que para anular el contrato el error ha de tener la suficiente entidad y que no ser imputable a la negligencia de quien lo sufre. Y ello por cuanto no cabe establecer con carácter general y automático que la ausencia de información comporte aquel vicio, aunque sí permite presumirlo, según señala las sentencias del TS de 20 de enero y 7 y 8 de julio de 2014, y en el presente caso estimamos que en el presente caso el consentimiento prestado estuvo viciado por un error esencial y excusable.

En tal sentido, del relato fáctico que precedentemente se dio como probado se concluye que: 1º No consta que fueran los demandantes quienes solicitaran al banco la contratación de las OBS, por lo que, según se expuso en el fundamento anterior, cabe deducir que fue el banco quien lo sugirió a su cliente. Y lo hizo prescindiendo de la idoneidad y conveniencia del producto, todo ello en consideración a una política comercial de la demandada guiada por su propio interés. Por tanto, aquella recomendación que dirigió individualizadamente hacia un concreto cliente exigía que el banco fuera más riguroso y pudiera justificar la conveniencia del producto en consideración a las circunstancias que concurrían, sometiendo al cliente al test de idoneidad, que el banco no realizó (y que era obligatorio, contrariamente a lo defendido por la demandada). 2º No les fue facilitada a los clientes documentación precontractual que les permitiera conocer, desplegando un mínimo de diligencia, la naturaleza del contrato y los riesgos que entrañaba. 3º No le facilitó la demandada una información comprensible sobre los riesgos y características del producto. 4º Se trataba de clientes minoristas, para los que era claramente inadecuado el producto de riesgo que el banco le comercializó. En suma, no se ha probado que concurren en los demandantes circunstancia alguna que pudiera permitirles conjurar los efectos de aquella deficiente comercialización, lo que aleja la posibilidad de considerar suplida el incumpliendo del banco de su deber de informar con su condición personal.

De ese conjunto de elementos ha de concluirse que concurre en la prestación del consentimiento un error que de ser calificado esencial y excusable, remitiéndonos en este punto a lo señalado en las sentencias antes citadas.

Por otra parte, tampoco puede apreciarse que el comportamiento del demandante vulnere la regla según la cual no puede venirse contra los actos propios negando todo efecto jurídico a la conducta contraria. Se asienta tal doctrina en la buena fe, en la necesidad de coherencia en el comportamiento para la protección a la confianza que un acto o conducta de una persona suscita objetivamente en otra u

otras; el módulo regulador es la objetividad, o sea, el entendimiento o significado que, de acuerdo con los criterios generales del obrar en el tráfico jurídico, ha de dársele a tal acto o conducta. En tal sentido la doctrina jurisprudencial ha declarado que son actos propios los que vinculan y configuran inalterablemente la situación jurídica de su autor, o que crean, modifican, fijan o extinguen una determinada situación jurídica, creando estado, según jurisprudencia tan reiterada y uniforme que no resulta precisa una cita detallada. En el presente caso no se exponen por el banco acto alguno al que pudiera atribuirse el valor que pretende deducir, por lo que difícilmente puede estimarse tal postura.

QUINTO.- El artículo 1303 del Código Civil establece que “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, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes”, artículo que ha de aplicarse tanto en los casos en que se produzca una nulidad relativa del contrato, como en el caso en que se trate de una nulidad absoluta (entre muchas: sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2012). La jurisprudencia ha señalado que el régimen específico de los arts. 1303 a 1308 CC puede resultar insuficiente para resolver todos los problemas derivados de la nulidad contractual (STS de cinco de marzo de 2010, entre muchas), pues, como señala la sentencia de 15 de enero de 2010 “la restitución recíproca contemplada en el citado art. 1303 CC puede tener unos límites racionales similares a los reconocidos para algunos casos de resolución contractual”. Es menester, para resolver la controversia, atenderse a la finalidad de la norma. En este sentido, la sentencia de 10 de diciembre de 2010 que “la jurisprudencia ha sido reiterada en un sentido de que “el precepto, que tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador, evitando el enriquecimiento injusto...” , como dicen las sentencias de 11 de febrero de 2003 y 6 de julio de 2005 y lo reiteran las de 22 de abril de 2005 y 23 de junio de 2008 Y matiza la doctrina que la indemnización alcanza al interés negativo o “interés de confianza” que resulta de cotejar la situación en que estaría la parte perjudicada si no hubiese celebrado el contrato o hubiese conocido desde el principio su invalidez, con la situación actual en que se encuentra ahora, sin que alcance al llamado interés positivo que resulta de comparar la situación provocada por la invalidez, con la que existiría si hubiese habido validez y cumplido los efectos del contrato.”

Con la perspectiva indicada, no existe motivo para excluir el supuesto enjuiciado del régimen ordinario que contempla el art. 1303 CC, lo que comporta la devolución recíproca de las prestaciones recibidas, incrementadas en el interés legal desde su entrega.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas procesales deben imponerse a la parte demandada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Estimando la demanda formulada por el procurador Sr. Blanco González, en la representación de autos, contra Banco de Caja de España de Inversiones, Salamanca y Soria, SAU, debo declarar y declaro la nulidad del contrato de compra de obligaciones subordinadas objeto del presente litigio, con los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento y con condena a la restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto de los mismos, esto es, deberá la sociedad demandada devolver a la actora el capital suscrito y gastos de administración y custodia, incrementados ambos en el interés legal desde su entrega; y la demandante deberá entregar los títulos recibidos o las acciones que hubieran recibido a cambio del canje de las participaciones, o, si hubieran vendido las acciones, el importe de las mismas con sus intereses legales desde la fecha de su venta y, en todo caso, abonar a la demandada el importe de los rendimientos obtenidos por las obligaciones suscritas, incrementadas en el interés legal devengado desde su pago, todo ello con expresa imposición de las costas procesales a la demandada.

Así por esta mi Sentencia definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

Contra esta Resolución cabe interponer recurso de apelación que deberá prepararse ante este órgano judicial en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna. Para interponer el recurso será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este



Juzgado tiene abierta en el Banesto con el número 4848 0000 04 016014, consignación que deberá ser acreditada al preparar el recurso (DA 15ª LOPJ).



PUBLICACIÓN.- Para hacer constar que la anterior sentencia ha sido publicada en el mismo día de ser dictada, en audiencia pública, mediante lectura íntegra de la misma. Doy fe.