



JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.5 OVIEDO

Ramón Blanco González
FECHA NOTIFICACIÓN LEXNET DÍA:
7 MAYO 2015
Procurador de los Tribunales

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.5 DE OVIEDO

C/ COMANDANTE CABALLERO N° 3-5ª PLANTA; CÓDIGO POSTAL 33005 - OVIEDO
Teléfono: 985 968 890 // 889
Fax: 985 968 891

N04390

N.I.G.: 33044 42 1 2014 0009752

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000667 /2014

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE D/ña. XXX XXX ALONSO

Procurador/a Sr/a. RAMON BLANCO GONZALEZ

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

DEMANDADO D/ña. BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA S.A.

Procurador/a Sr/a. MARIA AKEMI FUKUI ALONSO

Abogado/a Sr/a. DOÑA MARTA JUNQUERA SANCHEZ-MOLINA

SENTENCIA

En Oviedo a 7 de mayo de 2015.

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.- Llegado el día del juicio, se renunció a la prueba testifical prevista, y se procedió directamente al trámite de conclusiones, quedando el juicio visto para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora insta una acción de nulidad relativa respecto del contrato de compra de deuda subordinada en el año 2009, con la correspondiente restitución de los 20.000 euros abonados por la compra, más los intereses y costas, en los términos que son de ver en el suplico de la demanda.

Entiende la parte demandante, en síntesis, que el contrato celebrado el 31 de julio de 2009 para la adquisición de obligaciones subordinadas en cuantía total de 20.000 euros a la entidad CAJA DUERO, ahora demandada, se hizo sin conocer exactamente el producto que se contrataba. Y ello, por la falta o defectuosa información transmitida por la demandada, incumpliendo la normativa a la que venía obligada ésta imperativamente, provocando un error en el consentimiento.

Por el contrario, sucintamente, la parte demandada señala que informó correctamente a la actora 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, como tampoco sobre el dolo. Señalando por último, falta de legitimación activa, la caducidad de la acción, y 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 la entidad bancaria sobre el producto litigioso y, en consecuencia, la incidencia que podría tener en el consentimiento prestado en el contrato celebrado en orden a la declaración de nulidad del mismo. Además, habrá de analizarse previamente la inviabilidad de la acción por aplicación de la teoría de los actos propios y la posible caducidad de aquélla, así como la falta de legitimación activa.

SEGUNDO.- En primer lugar, es menester señalar qué se entiende por deuda subordinada, entendiéndola 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 el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital de 2010. 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 al análisis previo de las excepciones esgrimidas por la demandada, en lo que respecta a dicha extinción de la acción alegada, dado que el plazo de 4 años de caducidad (si bien a veces se 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 de intereses en el año 2013, no puede prosperar la excepción planteada por la demandada al no haber transcurrido el plazo previsto legalmente.

Y respecto a la teoría de los actos propios y confirmación del contrato, 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 consta el acto solemne del que se pudiera derivar cierta vinculación que impidiera ahora el ejercicio de la



acción, sin que el mero transcurso del tiempo deba interpretarse como renuncia a la misma, por lo que no dándose los requisitos exigidos para la teoría de los actos propios o retraso desleal en el ejercicio de la acción, procede desestimar tal excepción.

Por otro lado, no obstante, más controvertida resulta la cuestión atinente a la falta de legitimación activa. Sin embargo, dado que la compra de los títulos se instrumentalizó a través de la correspondiente cuenta de valores, y que la misma es de disposición indistinta (doc. nº 8 de la demanda), facultando a cualquiera de los titulares para el ejercicio de la totalidad de los derechos, ello debe comprender la acción que aquí se ejercita.

A mayores, suponiendo que el régimen económico matrimonial de la actora y del finado fuera el de gananciales (o el de participación valdría), esto es, el establecido cuando no se dispone en capitulaciones lo contrario, una vez fallecido aquél, y no liquidada la sociedad (nada consta sobre su liquidación), existe una comunidad postganancial de tipo romano, por lo que entiendo que nada impide a la actora ejercitar una acción que beneficie a tal comunidad hasta su liquidación. Del mismo modo, aun cuando rigiera la separación de bienes, dado que tampoco consta que se hubiera procedido a la partición hereditaria, igualmente podría Dña. XXX ejercitar las acciones en beneficio de la comunidad hereditaria.

Pues no se debe de perder de vista que mientras no se proceda al reparto del caudal hereditario del causante, la viuda tiene cuando menos el derecho al usufructo del tercio destinado a mejora (art. 834 CC). Y mientras tanto, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de tal usufructo (art. 839 CC). Así las cosas, aunque el supuesto que nos ocupa no aparece regulado expresamente, sí que podría admitirse por analogía la aplicación de los arts. 490 y 507 CC atinentes al usufructo, de los que se puede inferir la legitimación del usufructuario (que sería la viuda sobre toda la herencia) para la administración y reclamación créditos, esto es, en el presente caso para instar la restitución de lo abonado en la compra de deuda subordinada aun cuando sea a través del error en el consentimiento.

En definitiva, ya sea por una u otra vía, aunque de forma controvertida, entiendo que la actora tiene legitimación para instar la restitución de la totalidad, ya sea en beneficio de la comunidad (postganancial y/o hereditaria), ya en derecho propio, pues además carecería de sentido que, acreditado un eventual error en el consentimiento, no se procediera al íntegro reintegro de lo pagado cuando éste es un efecto inherente a la nulidad, y sin perjuicio en su caso de las relaciones internas entre la actora y los posibles herederos del fallecido D. Ricardo.

Dicho lo anterior, y desestimadas las anteriores excepciones materiales, 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".



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

Y ello, porque a diferencia de lo que sucede en otros pleitos similares, en el presente ni siquiera consta como testifical la declaración del empleado que comercializó el producto, por lo cual, ni siquiera existe una contra versión de lo narrado en el escrito rector por quien hubiera intervenido en la contratación del producto.

Por ello, resulta especialmente revelador, por su carácter objetivo, el resumen de la nota de valores o folleto explicativo que consta como documento nº 10 de la demanda, pues 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, aun siendo insuficiente lo anterior, tampoco consta su efectiva entrega. Tampoco las orden de valores (doc. 4 de la demanda) aporta nada al posible conocimiento del producto, utilizando incluso una abreviatura de la denominación de éste, sin dar mayores explicaciones o referencias.

Del mismo modo, teniendo en cuenta que tanto la cuenta de valores, como la orden y el test de conveniencia fueron realizados el mismo día, no invita a pensar que se dio una gran explicación ni se permitió la correcta reflexión del cliente en aquel momento.

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 participaciones como así ha puesto de manifiesto la 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, siendo la documental aportada por la entidad bancaria insuficiente para acreditar una correcta información, no existiendo más prueba por su parte, 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 sería 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 reglamentada 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 seis preguntas que son, a todas luces, insuficientes para poder acometer la empresa de conocer los conocimientos financieros del cliente. Además, resulta altamente extraño que se diga en el mismo que los actores tenía conocimientos sobre un producto complejo como el que nos ocupa, cuando se trata de personas de edad avanzada que no consta que tengan estudios relacionados con el mercado financiero. Por último, no casa que se diga que se realizan inversiones con poca frecuencia, esto es, mensualmente, y se recomienda un producto de largo plazo.

Por consiguiente, el test no era el más idóneo para lo que debía de ser su finalidad, y además, coadyuva a pensar que los contratantes desconocían exactamente lo que contrataban.

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 ni medio de prueba acreditado, 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, etc., circunstancias éstas que unidas a la defectuosa construcción del test, hace que nos encontremos ante la formalización de un consentimiento contractual 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 ya porque nada conste sobre la información que se dio sobre el producto, 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 demandada deberá restituir a la actora la cantidad de 20.000 euros en concepto de principal, así como las comisiones cobradas con el IVA incluido, si bien, la actora deberá devolver también 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 en ambos casos 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, siendo la estimación total, tal como disponen los artículos 394 y siguientes de la LEC, se imponen las costas a la parte demandada.

PARTE DISPOSITIVA

Estimo la demanda interpuesta por la representación procesal de Dña. XXX XXX ALONSO frente a CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES CAMP, y en su virtud:

1. Declaro nulo el contrato de obligaciones subordinadas suscritos a través de las orden de valores de 31 de julio de 2009, debiendo proceder las partes 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. Se imponen las 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, manda y firma el que suscribe, Hugo Calzón Mahía.

PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando Audiencia en el día de su fecha, de lo que doy fe.

