



Roj: **SAP O 1883/2014 - ECLI: ES:APO:2014:1883**

Id Cendoj: **33024370072014100228**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Gijón**

Sección: **7**

Fecha: **18/07/2014**

Nº de Recurso: **190/2014**

Nº de Resolución: **268/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAMON IBAÑEZ DE ALDECOA LORENTE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7

GIJON

SENTENCIA: 00268/2014

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7 de GIJON

N01250

PZA. DECANO EDUARDO IBASETA, S/N - 2º. 33207 GIJÓN

Tfno.: 985176944-45 Fax: 985176940

N.I.G. 33024 42 1 2013 0004022

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000190 /2014

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 1 de GIJON

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000347 /2013

Recurrente: Delia

Procurador: ANA ROMERO CANELLADA

Abogado: GUILLERMO FERNÁNDEZ BLANCO

Recurrido: LIBERBANK S.A.

Procurador: ABEL CELEMIN LARROQUE

Abogado: JUAN JOSE CALDERON LABAO

SENTENCIA nº. 268/2014

PRESIDENTE: ILMO. SR. DON RAFEL MARTÍN DEL PESO GARCIA

MAGISTRADO: ILMO. SR. DON RAMON IBAÑEZ DE ALDECOA LORENTE

MAGISTRADO: ILMO. SR. DON JOSÉ MANUEL TERÁN LÓPEZ

En Gijón, a dieciocho de julio de dos mil catorce.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Asturias con sede en Gijón, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 347/2013, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 1 de GIJON, a los que ha correspondido el **Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 190/2014**, en los que aparece como **parte apelante, D^a Delia**, representado por la Procuradora de los tribunales, Sra. ANA ROMERO CANELLADA, asistido por el Letrado D. GUILLERMO FERNÁNDEZ BLANCO, y como **parte apelada, LIBERBANK S.A.**, representado por el Procurador de los tribunales, Sr. ABEL CELEMIN LARROQUE, asistido por el Letrado D. JUAN JOSE CALDERON LABAO.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Gijón, dictó en los referidos autos Sentencia de fecha 18 de noviembre de 2013 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que debo de desestimar la demanda formulada por D^a Delia , contra LIBERBANK, S.A.

SEGUNDO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, por la representación de DOÑA Delia se interpuso recurso de apelación y admitido a trámite se remitieron a esta Audiencia Provincial, y cumplidos los oportunos trámites, se señaló para la deliberación y votación del presente recurso el día 25 de junio de 2014.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

Vistos siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. RAMON IBAÑEZ DE ALDECOA LORENTE.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercita la demandante, D^a Delia , en el procedimiento del que trae causa el presente recurso de apelación, acción por la que pretende que se declare la nulidad del contrato de adquisición de "obligaciones subordinadas CAJASTUR 2.009", celebrado en el mes de junio de 2.009 con la entidad "Caja de Ahorros de Asturias" (hoy reconvertida en Banco con el nombre de "LIBERBANK S.A."), en las que la demandante invirtió 60.000 €, y se condene a la demandada a reintegrar a aquélla dicha cantidad más sus intereses, y ello por estimar que la demandante sufrió error en el consentimiento, al habersele ofertado el producto como una imposición a plazo fijo, y no como el producto financiero complejo que es, y sin habersele dado información suficiente sobre su naturaleza y sus riesgos, habiéndosele ofrecido un canje voluntario por acciones u obligaciones convertibles "LIBERBANK" hasta el 26 de marzo de 2.013, canje que ya se impone por el "FROB" antes del día 17 de abril de 2.013 (la demanda se presentó el 12 de abril de 2.013) con una quita de un 10%.

La Sentencia recaída en primera instancia desestima totalmente la demanda con imposición de costas a la actora, porque entiende el Juzgador "a quo" -resumidamente- que en el presente supuesto la demandada ha acreditado haber ofrecido a la demandante información suficiente acerca de la naturaleza del producto y sus riesgos, de modo que o no hubo error, o si lo hubo fue inexcusable.

Contra dicha Sentencia se alza en apelación la parte demandante, que mantiene en ésta instancia sus iniciales pretensiones, y solicita, en consecuencia, que se revoque la Sentencia apelada y se estime la demanda en su integridad, con imposición de costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- Este Tribunal ya se ha pronunciado anteriormente en relación con la naturaleza y los riesgos de las obligaciones subordinadas, en Sentencias de 27 de marzo de 2.014 (fundamento jurídico tercero, apartado 2º), 14 de abril de 2.014 y 9 de junio de 2.014 , en las que citábamos entre otras, la Sentencia de la Sección 5ª de ésta misma Audiencia, de 15 de marzo de 2.013 , citada en la recurrida, que dice que « *las obligaciones subordinadas constituyen una mutación o alteración del régimen común de 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 deudas vigentes en ese momento, constituyendo unos 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 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 no se hayan pagado todas las demás deudas vigentes del 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. 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 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 la 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. Así mismo, las obligaciones subordinadas tienen la consideración*



oficial de producto complejo del art. 79 bis 8.a) de la Ley del Mercado de Valores, si se tiene en cuenta que este precepto considera no complejos dos categorías de valores: una primera, que englobaría los valores típicamente desprovistos de riesgo y las acciones cotizadas como valores ordinarios, cuyo riesgo es de general conocimiento; y una segunda, que considera valores no complejos aquéllos en los que concurren tres condiciones, a saber: que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o variados, por sistemas de evaluación independientes del emisor. Y, finalmente, que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento y que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características que sea comprensible, de modo que permita a un cliente minorista emitir un juicio fundado para decidir si realiza o no la operación ».

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que, como ya advertíamos en la Sentencia de 9 de junio de 2.014, no todas las obligaciones subordinadas implican el mismo grado de riesgo para el suscriptor, y en la valoración de dichos riesgos hay que tener en consideración las condiciones subjetivas del suscriptor y las objetivas de la emisión, pues decíamos en la Sentencia de 27 de marzo de 2.014 que en el caso de los bonos que en aquel supuesto se habían suscrito ("Valores Santander"), había que destacar varias notas que nos llevaban a concluir que no nos encontrábamos ante un producto que conllevara un riesgo sensiblemente más elevado que las acciones propias del Banco Santander que los allí demandantes habían venido suscribiendo con normalidad antes y después de haber suscrito los "Valores Santander", pues se trataba de un producto dotado desde un principio de total liquidez, dado que los Valores eran negociables en la Bolsa de Madrid y tenían ventanas anuales de canje voluntario por acciones y por otra parte, el riesgo derivado de su subordinación, vinculado a la insolvencia del emisor, se veía en aquel caso desdibujado por la fuerte y notoria posición dominante de la entidad emisora en el mercado bancario y por el hecho de que, siendo los suscriptores adquirentes habituales de acciones del propio Banco, los Valores quedaban colocados por delante de estas en el orden de prelación. Y añadíamos textualmente que *« Es obvio, por tanto, que a diferencia de lo ocurrido con las obligaciones subordinadas colocadas por otras entidades cuya situación en el mercado financiero era mucho más arriesgada en el momento en que emitieron obligaciones subordinadas para obtener crédito, porque necesitaban urgentemente financiación (caso de ciertas Cajas de Ahorro que se han convertido después en Bancos), los "Valores Santander" fueron emitidos por una entidad solvente, que no consta que hiciese la emisión porque se encontrase en una situación "delicada", sino para participar en una OPA que concluyó con pleno éxito ».*

TERCERO.- Sostiene la parte apelada que las alegaciones de la parte apelante en las que invoca un supuesto error en la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juez de instancia, sin determinar en muchas ocasiones, a su juicio, qué material probatorio demuestra la supuesta valoración ilógica, obliga a este Tribunal a enjuiciar en ésta segunda instancia si la valoración de la prueba realizada en la Sentencia apelada ha sido ponderada, lógica y justa, pero que, al carecer esta segunda instancia de los principios de inmediación, contradicción y oralidad, éste Tribunal debe respetar, en principio, la valoración hecha en la Sentencia, salvo que se demuestre que es manifiestamente ilógica, irracional o absurda, citando, en defensa de tal argumentación, una doctrina jurisprudencial, que es aplicable al recurso de casación, pero no al de apelación, pues, como decíamos en la Sentencia de 10 de junio de 2.010, con cita de las de 23 de septiembre de 2.008 y 19 de octubre de 2.009, *« como expresa con claridad la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2.004, «el recurso de apelación no es, como el de casación, articulado en concretos motivos, sino que da lugar, a base de una serie no numerada de razonamientos, a un reexamen de las pretensiones; tal como dice la sentencia del Tribunal Constitucional 212/2000, de 18 de septiembre, reiterando la doctrina que exponía la 152/1998, de 13 de julio, la segunda instancia se configura como una revisio prioris instantiae, tanto en los hechos (quaestio facti) como en las cuestiones jurídicas (quaestio iuris) con dos limitaciones: la reformatio in peius y tantum devolutum quantum appellatum; asume la instancia y conoce el fondo del asunto resolviendo las pretensiones de las partes, dice la sentencia de esta Sala de 30 de noviembre de 2000, lo que reiteran las de 21 de diciembre de 2001 y de 14 de mayo de 2002 ».* En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de esta Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6ª, de 9 de octubre de 2.006, aplicando dicha doctrina a la regulación que del recurso de apelación se hace en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2.000, de 7 de enero, que en su artículo 456.1 establece con claridad que en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse *«con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia»* (no se pueden plantear, por tanto, cuestiones nuevas que no se hayan sometido a debate en la primera instancia), que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, *«mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación»* (el subrayado es nuestro), mientras que la prohibición de la "reformatio in peius" viene contemplada en el artículo 465.4, "in fine" ». Doctrina que hemos reiterado en Sentencias posteriores, como las de 1 y 26 de julio de 2.011 y la ya citada de 9 de junio de 2.014.



CUARTO.- Sostiene la apelante que los incumplimientos legales en la comercialización del producto, referidos al incumplimiento de la obligación de la entidad de proporcionar al cliente la necesaria información acerca de la naturaleza del producto y sus riesgos, son por sí solos suficientes para declarar la nulidad del contrato.

Dijimos a éste respecto en la ya citada Sentencia de 9 de junio de 2.014 que « Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2.004 , «El art. 6.3 del Código Civil solo contiene una norma medial, que requiere el soporte de una disposición que, conculcada, permita sentar el efecto previsto en aquella, pues no toda infracción normativa acarrea la nulidad del acto jurídico; esto es, como ya señaló esta Sala en Sentencia de 29 de octubre de 1.990 (con cita de las de 26-7-86 y 17-10-87), "el art. 6.3 CC no puede aplicarse indiscriminadamente como determinante de la nulidad de los actos jurídicos, sino que hay lugar a clasificar los actos contrarios en la ley en tres distintos grupos: a) aquellas cuya nulidad se funda en un precepto específico y terminante de la ley que así lo imponga, siendo obvio que la nulidad ha de decretarse entonces, incluso de oficio; b) actos contrarios a la ley, en los que ésta disponga, a pesar de ello, su validez, debiendo entonces reconocérsele validez a tales actos contra legem, y c) actos que contraríen o falten a algún precepto legal, sin que éste formule declaración alguna expresa sobre su nulidad o validez, debiendo entonces el Juzgador extremar su prudencia en uso de una facultad hasta cierto punto discrecional, analizando para ello la índole y finalidad del precepto legal contrario y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja y sancionándole con la nulidad si median trascendentales razones que patenticen el acto como gravemente contrario a la ley, la moral o el orden público». En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2.005 . Lo cierto es, sin embargo, que el incumplimiento del deber de información acerca de los riesgos que comportaba la contratación de las obligaciones subordinadas, que venía impuesto por los arts. 79.bis de la LMV, 60.1 del RD 217/2008, de 15 de febrero, y 8.d, 12.1, 18.2.e y 60 del TR de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, no puede determinar en éste caso por sí solo la nulidad del contrato, pues en ninguna de dichas normas se contempla el efecto anulador del incumplimiento del deber de información y, como hemos dicho antes, en la valoración de los riesgos propios del producto y la incidencia que la falta de información pueda tener en la consciencia del cliente sobre su existencia, se han de tener en consideración las condiciones subjetivas de éste y las objetivas del producto contratado, de modo que, por sí sola, la falta de información no determina la existencia del error, y menos aún puede determinar la nulidad radical del contrato, pues es sólo un factor a tener en cuenta en la valoración de la prueba acerca del grado de desconocimiento que el cliente pudiera tener, al tiempo de contratar, sobre la verdadera naturaleza y los riesgos del producto contratado, pues el efecto pernicioso de la falta de información puede ser suplido por el conocimiento que el cliente pueda tener "ex ante" del producto (Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de enero de 2.014) y/o por la escasa diferencia que el producto pudiera presentar en relación con aquel que el cliente se propuso contratar ». Doctrina que es igualmente aplicable al supuesto que nos ocupa, por lo que el motivo debe decaer.

QUINTO.- Insiste el apelante en que la extrema complejidad del producto comercializado y la falta de información sobre el mismo, no es que hayan provocado un vicio en el consentimiento, sino que determinan la total ausencia de consentimiento, que debe provocar la nulidad radical del contrato. Está invocando, por tanto, con carácter preferente, la existencia de error obstativo determinante de una nulidad radical del contrato celebrado.

Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2.012 , «... la jurisprudencia de esta Sala, y la doctrina científica han distinguido dos tipos de error. A partir de la STS de 23 mayo 1935 , se ha venido considerando que el error vicio es aquel que constituye una creencia inexacta o una representación mental equivocada, que sirve de presupuesto para la realización de un contrato y determina una voluntad no formada correctamente, porque la contemplación del objeto del contrato estaba distorsionada. Este es el planteamiento del art. 1266 CC . En cambio, en el error obstativo hay una falta de voluntad, porque o bien no se quería declarar y se hizo, o bien se produce un lapsus que da lugar a una discrepancia entre la voluntad interna y su declaración ». No obstante, dicha Sentencia reconoce que en ocasiones, la frontera entre los dos tipos de error es muy sutil.

Teniendo en cuenta los hechos que se narran en la demanda, D^a Delia no está negando su voluntad de contratar, ni tampoco su voluntad de contratar un producto bancario que le diese cierta rentabilidad a sus ahorros, sino que lo que está alegando es que contrató finalmente un producto distinto a aquel que se había representado, pues queriendo contratar algo semejante a un depósito a plazo fijo, resulta que lo que contrató fue deuda subordinada, y, si bien es cierto que, como también dijimos en la Sentencia de 9 de junio de 2.014 , las diferencias entre uno y otro producto son importantes, sobre todo en lo que se refiere a los riesgos de la operación, no lo son tanto como para poder entender que lo que contrató la demandante fue un producto tan radicalmente distinto de aquel que dice haberse representado, que, con sus diferencias, pueda llevarnos a concluir que hubo una total ausencia de voluntad de contratar tal producto, sin perjuicio de que pueda haber habido -y en ello nos detendremos a continuación- un consentimiento viciado por el error acerca de los riesgos de la operación, pero una cosa es que el actor se "representase" que el producto que contrataba era una especie



de depósito a plazo fijo, y otra cosa muy distinta que se le hubiese ofrecido como tal, pues, aparte de que el empleado del banco que le ofreció el producto y que testificó en el acto del juicio manifestó que no se le ofreció como un plazo fijo, el resumen de la nota de valores aportada con la contestación a la demanda, que aparece firmada por la demandante, se titula "Segunda emisión de obligaciones subordinadas CAJASTUR", y en ella no se utilizan en ningún momento los términos "depósito" o "plazo fijo". Por tanto, no podemos estimar probado que el producto se ofreciese a la actora como un depósito a plazo fijo, coincidiendo con esto en la valoración que se hace al respecto en la Sentencia apelada. Cuestión distinta es que al ofrecer el producto no ofreciese la entidad a la demandante información suficiente acerca de su comportamiento y sus riesgos, falta de información que sería susceptible de generar en aquélla un error capaz de viciar su consentimiento, al modo previsto en el artículo 1.266 del CC .

SEXTO.- La Sentencia apelada parte de la conclusión de que en éste supuesto ha probado la parte demandada, haber ofrecido a la demandante información cabal y suficiente acerca de los riesgos que comportaba la adquisición de deuda subordinada "CAJASTUR", porque, si bien la documentación que le fue entregada era insuficiente a tales efectos, sin embargo, D^a Delia ha reconocido haber tenido relación de amistad con el Director de la oficina de "CAJASTUR" que le ofertó el producto, y concluye el Juzgador de Instancia (fundamento jurídico sexto, dos últimos párrafos) que la declaración de dicho testigo, Sr. Mario , fue muy clara, recuerda con detalle el proceso de contratación y la información que dio a la demandante, que informó a la actora del producto, su rentabilidad y sus riesgos, que le dijo que no era un depósito, que se analizaron los riesgos en relación con la solvencia de "CAJASTUR", y se informó a la demandante del carácter temporal y de la existencia de un mercado secundario donde se podía vender el producto si se encontraba comprador.

Conclusión ésta que no comparte en absoluto éste Tribunal, pues la declaración de dicho testigo, que sigue siendo empleado de la demandada, no puede ser por sí sola suficiente para entender acreditado que ésta cumplió con el deber de información que le venía impuesto, no sólo porque la referida relación laboral y la existencia del propio proceso hacen que lo que fue en su día una relación de amistad, haya desaparecido y se haya transformado al tiempo de declarar el testigo en algo más parecido a la enemistad, sino porque, además, de la declaración del propio testigo se desprende que, aunque pretenda convencer al Tribunal de que explicó a la demandante los riesgos del producto, se vislumbra que se centró en el riesgo de iliquidez del producto asociado a una posible quiebra de la entidad emisora y que minimizó al máximo ese riesgo, convenciendo a la demandante de que "CAJASTUR" era en aquéllos momentos una entidad que ofrecía la máxima seguridad, algo que, como luego veremos, no era cierto, pero que caló en la demandante y la impulsó a contratar el producto, sin duda animada por la confianza que tenía en quien era entonces su amigo, sin que con ello estemos tratando de responsabilizar al referido empleado que, muy probablemente, no tenía a su alcance toda la información sobre la verdadera situación financiera de la entidad para la que prestaba sus servicios. No consta, por otra parte, que se informase a la actora de forma adecuada y comprensible de otros riesgos, como el de pérdida de liquidez en función de las circunstancias del mercado secundario en el que cotizaba el producto, el de fluctuación del tipo de interés y pérdida de valor de la inversión por el riesgo de mercado, el de la reserva de amortización anticipada a instancias del propio emisor, etc, carencias que no pueden entenderse suplidas con la entrega del "resumen de nota de valores" pues decíamos en las Sentencias antes citadas de 11 de abril y 9 de junio de 2.014 , en relación con ese mismo documento, que *« ha de ser calificado de insuficiente e inidóneo para que el cliente obtenga información correcta con la rigurosidad que la ley exige, dada la terminología utilizada, la enumeración de riesgos en forma genérica, sin explicar términos como "introducción de órdenes de compra y venta en el mercado AIAF", qué organismos deciden el "rating" de Cajastur (Liberbank), ni parámetros que determinan la fluctuación de la inversión »*.

Dicho documento carece de fecha (en su encabezamiento sólo aparece "junio 2009"), de modo que solo podemos presumir que se le entregó en la misma fecha en que firmó la orden de suscripción, es decir, el 10 de julio de 2.009, de modo que, como dice la Sentencia de la Sección 5^a de ésta Audiencia Provincial de Asturias, de 24 de abril de 2.014 , el cliente no habría tenido tiempo de examinar su contenido de forma razonable, teniendo en cuenta la cantidad y complejidad de la información que en él se ofrece. Es cierto que consta en autos que a la demandante se le entregó el 1 de abril de 2.009 el documento denominado "Condiciones esenciales de la prestación de servicios financieros...", pero en dicho documento no se hace referencia específica a la deuda subordinada, y aunque podamos dar por cierto que, como dice el testigo Don. Mario , fue en abril cuando se le ofreció a la demandante el producto, pero no estaba entonces disponible, y que hasta entonces se invirtió en un depósito a plazo el dinero que la actora pretendía invertir en la deuda subordinada, hasta que en julio se contrató ésta, tal circunstancia invita a pensar que, precisamente por ello, pudo deducir la demandante de todo ello que la deuda subordinada era un producto similar a una IPF.

A todo ello hemos de añadir que la segunda emisión de deuda subordinada de "CAJASTUR" no participa de las singularidades -a las que ya hemos hecho referencia- que mencionábamos en el supuesto analizado en nuestra Sentencia de 27 de marzo de 2.014 ("Valores Santander") y que en aquel caso minimizaban el riesgo y,



Lo que es más importante, así como en aquel supuesto la información que se ofrecía al cliente en el documento que se le entregó era completamente transparente en lo que se refiere a la finalidad perseguida con la emisión de la deuda subordinada (la financiación de una OPA), y la solvencia de la entidad (Banco Santander) no estaba en riesgo en aquel momento ni lo estuvo después, sin embargo, en el supuesto que nos ocupa, como ya hemos dicho en la Sentencia de 9 de junio de 2.014, en el documento "resumen de nota de valores" no se hace la más mínima alusión a la finalidad perseguida con la emisión, y se oculta que la entidad se encontraba entonces, como es notorio, inmersa en un proceso de reestructuración generalizada de las Cajas de Ahorro, con proyectadas fusiones y absorciones, que desembocó finalmente en la transformación de la mayoría de las entidades resultantes en bancos (en el caso de "CAJASTUR", integrada en lo que hoy es "LIBERBANK"), con importantes problemas de solvencia, agravados por la crisis económica, que obligaron posteriormente a "rescatar" a algunas de dichas entidades, y a inyectar importantes cantidades de dinero público en otras, cual es el caso de "LIBERBANK", para que pudiesen cumplir los requisitos de solvencia impuestos por las autoridades monetarias, como se reconoce abiertamente en la contestación a la demanda. Sin embargo, tal situación no fue advertida a la demandante, que era, además de un cliente minorista, una persona con un perfil inversor conservador, sin experiencia en productos complejos como el que nos ocupa, pues solo era titular de depósitos a plazo fijo, y de fondos de inversión de riesgo medio-bajo, a quien en fecha 1 de abril de 2.009 se le hizo el llamado test de conveniencia, en el que dio un resultado de "conveniente", y en el que se reflejaba como producto idóneo la deuda subordinada, pese a que se calificaba en el mismo documento como producto complejo y de riesgo medio, y pese a que indicaba no haber realizado antes inversiones en "valores de renta fija complejos", no estar familiarizada con ese tipo de producto, y tener sólo conocimientos básicos en el mercado financiero. Lo cierto es que la demandante no recibió información suficiente acerca de los riesgos que entrañaba la suscripción del producto para sus ahorros, y de hecho se ha visto abocada a convertirse en accionista de la entidad sin que conste que esa haya sido nunca su intención, máxime cuando el canje forzoso, impuesto por el FROB y acordado por el Gobierno español con la Comisión Europea como contrapartida al rescate financiero que concedió el Eurogrupo al sistema bancario español por un importe de 100.000 millones ha ido acompañado de una quita del 10% de la inversión.

Por otra parte, siguiendo la doctrina sentada por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 20 de enero de 2.014, que, aunque en relación con otro producto financiero (un SWAP), interpreta la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros (Markets in Financial Instruments Directive, en siglas MIFID) y la normativa que la desarrolla, arts. 78 y ss de la Ley del Mercado de Valores, y RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, así como la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), hemos de concluir que en este supuesto, al no ser la demandante una inversora profesional, sino un cliente minorista, existía una desproporción entre la entidad que comercializaba el producto y su cliente, y la complejidad del producto propiciaba una asimetría informativa en su contratación, que provocaba la necesidad de proteger a la demandante, máxime cuando al comercializar el producto, la demandada no se limitó a su distribución sino que prestaba al cliente un servicio que iba más allá de la mera y aséptica información, en la medida en que llevó a cabo un servicio de asesoramiento financiero, pues el producto fue ofrecido por la entidad financiera por medio del Director de la oficina, y ello obligaba a dicha entidad a realizar no sólo el test de conveniencia, sino también el de idoneidad, y para ello, debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre el 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.

Siguiendo también la doctrina sentada en la indicada Sentencia, hemos de considerar que, 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 que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, y que en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la suscripción de la deuda subordinada. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el 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 el supuesto que nos ocupa, el error se hace patente, desde el momento en que el cliente minorista que suscribió la deuda subordinada no recibió esta información al contratar, y fue al recibir la notificación de que podía canjear las obligaciones suscritas por acciones u obligaciones convertibles de "Liberbank" hasta el 26 de marzo de 2.013, con carácter previo a un eventual canje forzoso acordado por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), cuando pasó a ser consciente de las verdaderas características del producto contratado y, desde luego, el test de conveniencia realizado, con los defectos advertidos, no puede ser demostrativo de que al cliente se le hubiese suministrado la información necesaria para que pudiese comprender y asumir la verdadera naturaleza y los riesgos que entrañaba el producto, pues, como decíamos en la Sentencia de 11 de abril de 2.014 , se trata de un test formulado con preguntas genéricas y respuestas predispuestas por quien lo elabora, si bien todas ellas negativas acerca del nivel de conocimiento del cliente acerca del producto contratado u otros similares, que no permite concluir un conocimiento más o menos exacto acerca de la conveniencia del producto para la demandante.

Como dice la tan citada Sentencia del Pleno, 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, y, 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.

La Sentencia apelada concluye que no hubo falta de información, y que ésta no causó error en el demandante, o bien, de haberse producido, sería inexcusable pero, pero lo cierto es que, de todo lo expuesto anteriormente se deduce que la demandante siempre estuvo en la creencia de haber suscrito algo parecido a un depósito a plazo fijo, creencia errónea, evidentemente, pero siendo achacable el error única y exclusivamente a la falta de la información que la entidad bancaria estaba legalmente obligada a proporcionar al cliente, siendo el error, como hemos visto, totalmente excusable, pues como dice la Sentencia de la Sección 4ª de ésta Audiencia Provincial de Asturias de 7 de marzo de 2.014 , en un asunto similar, el error « *incidió así en elementos principales del contrato (liquidez, garantía, prelación, posibilidad de pérdidas) por lo que ha de calificarse de esencial, con muy perjudiciales consecuencias para los demandantes precisamente por la ausencia de esas características con las que creían contratar. El error, además, debe calificarse de excusable pues este requisito ha de ponerse en relación con lo ya dicho sobre la deficiente información proporcionada, la condición de consumidores de los demandantes, la imposibilidad práctica de conocer los datos del producto en el momento de la firma por las razones indicadas y la jurisprudencia que ha puesto el acento no sólo en quien padece el error sino también en el contratante que lo provoca cuando el primero obró motivado por la confianza que le infundía* ».

SÉPTIMO.- Por último, en lo que se refiere a los efectos de la nulidad que se declara, por efecto de lo dispuesto en el art. 1.303 del Código Civil , que establece que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con sus intereses, la entidad demandada deberá reintegrar al actor la cantidad de 60.000 €, con los intereses legales desde la fecha de suscripción del contrato, 10 de julio de 2.009, pero al mismo tiempo la demandante deberá devolver a la demandada los títulos adquiridos, o los que les hayan sustituido por el canje, si éste ya se ha producido, así como los intereses percibidos desde la suscripción del producto, incrementados con el interés legal devengado desde la fecha de cada abono hasta su efectiva restitución, todo ello teniendo presente que, como decíamos en las recientes Sentencias de 27 de marzo de 2.014 y 9 de junio de 2.014 , tal devolución es consecuencia ineludible de lo dispuesto en el artículo 1.303 del CC , sin que para ello sea necesario reconvenir pues, como expresan con claridad las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2.009 (citada por la parte apelante) y 21 de junio de 2.011 , el régimen del indicado precepto trata de conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador (SSTS de 22 de septiembre de 1989 , 30 de diciembre de 1996 , 26 de julio de 2000), evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra (SSTS de 22 de noviembre de 1983 , 24 de febrero de 1992 , 30 de diciembre de 1996), y opera sin necesidad de petición expresa, por cuanto nace de la ley (SSTS de 10 de junio de 1952 , 22 de noviembre de 1983 , 24 de febrero de 1992 , 6 de octubre de 1994 , 9 de noviembre de 1999), y por consiguiente cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de la celebración (SSTS de 29 de octubre de 1956 , 22 de septiembre de 1989 , 28 de septiembre de 1996 , 26 de julio de 2000), debiendo los implicados devolverse lo que hubieren recibido por razón del contrato (SSTS de 7 de octubre de 1957 , 7 de enero de 1964 , 23 de octubre de 1973), y como dice también la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2.006 , la apreciación de oficio de



esos efectos no exaspera el ámbito del principio "iura novit curia" por no representar alteración en la armonía entre lo suplicado y lo concedido (Sentencias de 22 de noviembre de 1983 , de 24 de febrero de 1992 , de 13 de diciembre de 2005 , y las que allí se citan). Los intereses legales serán, en ambos casos, los del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de la presente resolución.

Procede, por tanto, estimar el recurso, revocar la Sentencia apelada y declarar la nulidad interesada del contrato de suscripción de deuda subordinada celebrado entre las partes, con las consecuencias inherentes a tal declaración.

OCTAVO.- Puesto que se estima la demanda en su integridad, procede imponer a la parte demandada las costas procesales causadas en la primera instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

NOVENO.- Dado que se estima el recurso interpuesto, no procede hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en ésta instancia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

FALLO

Por lo expuesto, este Tribunal decide:

Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de D^a Delia , contra la Sentencia dictada el 18 de noviembre de 2.013, por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Gijón , en los autos de Juicio Ordinario nº 347/2013, y, en consecuencia, declarar la nulidad del contrato de suscripción de obligaciones subordinadas "CAJASTUR", celebrado entre las partes el 10 de julio de 2.009, quedando obligadas las partes a la restitución recíproca de prestaciones, de modo que la demandada deberá devolver a la actora la cantidad de SESENTA MIL EUROS (60.000 ?) en concepto de principal, con el interés legal desde la fecha de suscripción del contrato, y la actora deberá reintegrar a "LIBERBANK S.A." los títulos adquiridos originariamente o aquéllos que los hayan sustituido, con los intereses percibidos por rendimientos de los títulos referidos, incrementados con el interés legal devengado desde la fecha de cada abono hasta su efectiva restitución, siendo en ambos casos los intereses legales los del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a partir de la fecha de la presente resolución, con expresa imposición de las costas procesales causadas en la primera instancia a la parte demandada, y sin hacer expresa imposición de las causadas en el recurso. Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.