ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 11
VIGO

Rúa Lalín, 4, 5ª planta
36209 **VIGO**
Tfnos. 986.817.409 / 10 / 11
Fax 986.817.407
Correo electrónico: instancia11.vigo@justicia.es

SENTENCIA: 00184/2013

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO NÚM. 464/2013 F**

Demandante: **DON JOSÉ**
Procuradora: **DOÑA MARÍA JESÚS NOGUEIRA FOS**
Letrada: **DOÑA BELÉN POLO RODRÍGUEZ**
Demandado: **NOVAGALICIA BANCO, S.A.**
Procuradora: **DOÑA GISELA ÁLVAREZ VÁZQUEZ**
Letrado: **DON ADRIÁN DUPUY LÓPEZ**

En nombre de S.M. el Rey y por la autoridad que me confiere el Pueblo Español, se dicta la presente Sentencia en Vigo a dieciocho de octubre de dos mil trece.

Vistos por **DON JUAN CARLOS CARBALLAL PARADELA**, Magistrado-Juez de Adscripción Territorial del TSJ de Galicia, provincia de Pontevedra, con destino en el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Vigo y su partido, los autos de **PROCEDIMIENTO ORDINARIO** seguidos con el núm. **464/2013 F** sobre reclamación de cantidad entre las partes arriba referidas, representadas y defendidas por los Procuradores y Letrados asimismo señalados, y constando como

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Previa diligencia de reparto fue turnado a este Juzgado demanda interpuesta por la Procuradora sra. **NOGUEIRA FOS** quien actúa en nombre y representación de **DON JOSÉ** por la que se plantea una acción de reclamación de cantidad contra **NOVAGALICIA BANCO, S.A.** por importe de 48.000.-€, más intereses y costas.

Segundo.- Admitida a trámite la demanda por decreto de 18 de junio de 2013, se dio traslado de la misma a la demandada, compareciendo la Procuradora sra. **ÁLVAREZ VÁZQUEZ**, quien se opuso solicitando la desestimación de la demanda, con imposición de costas a la parte actora.

Tercero.- Las partes, por medio de diligencia de ordenación de fecha 18 de julio, fueron convocadas a la preceptiva Audiencia Previa que se celebró el 17 de octubre. En ésta se mantuvo la controversia, ratificándose las partes en sus planteamientos iniciales, interesándose el recibimiento a prueba, y conforme ordena el art. 429.8 LEC, quedaron los autos pendientes de dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La acción ejercitada, referida a la compraventa de obligaciones subordinadas denominadas **CAIXANOVA 2ª emisión** ejecutadas en fecha 15 de abril de 2003 por importe de 48.000.-€ con ISIN núm. ES0214958029 es, este caso, doble:

1.- por un lado se ejercita una acción de responsabilidad contractual, por incumplimiento de las obligaciones asumidas de asesoramiento financiero por la entidad demandada, al no informar sobre las características básicas del producto contratado ni de los riesgos asociados a su contratación.

3.- y, por otro lado, se ejercita una acción de nulidad por error en el consentimiento pues, con la información facilitada por la entidad demandada, el actor siempre pensó que contrataba un depósito a plazo, con total disponibilidad, no concibiendo en ningún momento que pudiese perder parte del capital invertido.

Por parte de **NOVAGALICIA BANCO, S.A.** se contesta, oponiéndose a la demanda, alegando que el actor conocía perfectamente las características del producto que contrataba, que recibió puntual y detallada información del producto, que entendió perfectamente la inversión que realizaba para obtener una mayor rentabilidad, y que percibió los rendimientos derivados de la contratación sin queja alguna.

Segundo.- En la contestación a la demanda se alega que la acción está prescrita porque habrían transcurrido más de cuatro años desde la consumación del contrato.

No es posible admitir tal excepción por los siguientes motivos:

a.- porque el vicio de nulidad de que adolecen los contratos litigiosos lo es de nulidad absoluta o inexistencia (art. 1261 CC), por tratarse de un error excusable atinente a las condiciones esenciales del contrato, que actúa como error obstativo de la prestación del consentimiento, invalidante de la declaración negocial. En consecuencia, se trata de un vicio radical e insubsanable, que provoca la inexistencia del negocio con efectos ex nunc, pudiendo instarse su nulidad sin sujeción a plazo de caducidad.

b.- con independencia de ello, aunque nos halláramos ante un vicio de anulabilidad, subsanable y sujeto en su denuncia al plazo de caducidad de cuatro años del art. 1301 CC, es lo cierto que el demandante no pudo ejercitar la acción sino cuando tuvo conocimiento del alcance de las consecuencias de lo pactado y de la imposibilidad de retirar el principal invertido, lo que se produce, como muy pronto, en 2012, fecha en que presenta el arbitraje (folio 14), en tanto que demanda planteando la acción de nulidad fue presentada el 13/06/2013, es decir, dentro del plazo legalmente previsto.

c.- sin perjuicio de lo anterior, y en relación con el cómputo del plazo del artículo 1301 CC, señala la doctrina que el momento inicial no es nunca anterior al cumplimiento del contrato, por lo

que la acción de restitución no puede empezar a prescribir conforme al artículo 1969 del Código Civil sino desde la consumación, destacando la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2008 que no puede entenderse cumplido ni consumado el contrato hasta la realización de todas las obligaciones. Al respecto de tal cuestión, esto es, cuándo se debe entender producida la consumación del contrato, ha de indicarse que no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes, esto es, tratándose de un contrato de tracto sucesivo, a su vencimiento.

Descendiendo al caso de autos, la demanda rectora ha sido formulada en plena vigencia de los contratos suscritos, el cual desplegaba sus efectos hasta 2018, fecha de vencimiento de las obligaciones subordinadas. Por ello, la acción ejercitada en el momento de interposición de la demanda (18/06/2013**)** no se encontraba prescrita, al no haber transcurrido más de cuatro años desde que se consumado aún el contrato.

Tercero.- De la prueba practicada en autos resulta que el demandante había suscrito con la entidad demandada el 15 de abril de 2003 (folio 13 de autos) un acuerdo básico para la prestación por la extinta **CAIXANOVA** de los servicios sobre productos de inversión.

Pues bien, al amparo de dicho acuerdo, la Caja ofreció al Cliente la contratación de obligaciones subordinadas denominadas **CAIXANOVA 2ª emisión** con ISIN núm. ES0214958029, lo que implica que está realizando un asesoramiento financiero, tal y como así lo define la CNMV en su web (http://www.cnmv.es/PortalInversor/section.aspx?hid=137).

Cuarto.- En cuanto a las obligaciones subordinadas, éstos son productos de renta fija a largo plazo, que pueden clasificarse como un instrumento financiero complejo de riesgo alto. Es un producto híbrido entre la deuda y las acciones.

La deuda subordinada es pasivo para el banco y su denominación apela a su carácter subordinado en el orden de cobro en caso de una hipotética quiebra y, aunque tiene un vencimiento determinado, esto es, posee una fecha de emisión y de cierre determinada, si se quiere amortizarlas antes de vencimiento habrá que ponerlas a la venta como si de una acción se tratara, en este caso en un mercado secundario, por lo que existe la posibilidad de perder parte o la totalidad del capital. No obstante, el principal problema radica en que, a diferencia de otros productos bancarios, existe un riesgo vinculado directamente a la solvencia de la entidad emisora, pudiendo perder no solo los intereses pactados sino también el capital invertido.

Las Obligaciones Subordinadas son un producto complejo con riesgos superiores a los de una cuenta o depósito tradicional, por lo que el perfil del inversor de este tipo de productos debería ser un inversor especializado, y con conocimientos financieros, e invertir siempre cantidades ahorradas que el cliente se pueda permitir perder.

En el folleto de la emisión de las obligaciones subordinadas de obligaciones subordinadas denominadas **CAIXANOVA 2ª emisión** con ISIN

núm. ES0214958029 (http://www.cnmv.es/Portal/verDoc.axd?t={3387cd30-81b1-4056-a016-7969997688ba}) se explica cuál es la contrapartida de dichas obligaciones subordinadas, al señalar que "la finalidad de la presente Emisión es incrementar los recursos propios de la Entidad mediante la computabilidad en los mismos de la financiación subordinada suscrita y desembolsada".

Por ello se observa que la razón esencial de ofrecer las obligaciones subordinadas no es el interés del cliente, que legalmente sería lo único a lo que podría atenerse la entidad bancaria en su labor de asesoramiento financiero, sino el de fortalecer los recursos propios de Caixanova.

Tras una lectura del folleto de emisión, que es asequible, como tantas veces se ha indicado, en la web de la CNMV, se comprueba que no hay ni una única advertencia sobre la totalidad de los factores de riesgo inherentes a este producto, tales como:

· **Riesgos de subordinación y prelación de los inversores ante situaciones concursales:** las obligaciones subordinadas se sitúan, en caso de insuficiencia de fondos del Emisor, insolvencia o liquidación del mismo, por detrás de todos los acreedores privilegiados y comunes del Emisor y al mismo nivel que sus acreedores subordinados.

NO CONSTA que este riesgo haya sido advertido al cliente de forma expresa, y no consta que se le haya hecho entrega del folleto al cliente.

· **Pérdidas de liquidez:** Es el riesgo de que no se encuentre contrapartida en el Mercado. En este sentido, respecto de las obligaciones emitidas al amparo de la emisión litigiosa se dice en el folleto que "se solicitará la admisión a cotización en Mercado A.I.A.F de Renta Fija". Sin embargo, no es posible garantizar que vaya a producirse una negociación activa en el mercado.

No están cubiertas por el Fondo de Garantía de Depósitos (FGD), por lo que, en caso de quiebra, el Estado no debe responder ni devolver parte de la inversión a los inversores por lo que son estos los que asumen todo el riesgo en una inversión de este tipo.

NO CONSTA que este riesgo haya sido advertido al cliente de forma expresa.

· **Riesgo por fluctuación del tipo de interés:** La rentabilidad que se pueda obtener por la inversión en los valores de la Emisión estará sometida a fluctuaciones de los tipos de interés.

NO CONSTA que este riesgo haya sido advertido al cliente de forma expresa.

· **Riesgo de mercado:** las obligaciones subordinadas, una vez admitidas a negociación, estarían sometidas a posibles fluctuaciones de sus precios en el mercado en función, principalmente, de la evolución de los tipos de interés y de la duración de la inversión, de las condiciones de mercado y de las condiciones económicas generales. En función de la evolución de dichas condiciones, tanto

las participaciones preferentes como las obligaciones subordinadas podrían llegar a negociarse por debajo de sus precios de emisión.

NO CONSTA que este riesgo haya sido advertido al cliente de forma expresa.

· **Calidad Crediticia de la Emisión:** Las obligaciones litigiosas no han sido calificadas por Agencia de calificación alguna.

NO CONSTA que este riesgo haya sido advertido al cliente de forma expresa.

· **Riesgo de crédito:** Los valores litigiosos están sujetos al riesgo de pérdida en caso de deterioro de la estructura financiera del emisor, que puede conllevar evidentes riesgos en el pago de los intereses y/o principal de los valores y por tanto generar una disminución del valor de la inversión.

Si el banco que las emite baja su solvencia por debajo de un nivel determinado, entra en pérdidas o no alcanza unos beneficios definidos en el contrato, el inversor se queda sin el rendimiento pactado (intereses).

NO CONSTA que este riesgo haya sido advertido al cliente de forma expresa.

Los riegos de los instrumentos financieros pueden verificarse en sel siguiente cuadro:

		RIESGOS							
		MERCADO*	CRÉDITO/ CONTRAPARTIDA (INSOLVENCIA)	LIQUIDEZ	OPERACIONAL (SUCESOS)	LEGAL (PAIS)	APALANCA -MIENTO	VOLATILIDAD	CAPITAL
NO COMPLEJOS	RENTA VARIABLE ADMITIDA A NEGOCIA-CION EN MERCADOS REGULADOS	SI	-	SI (SEGUN VOLUMEN)	OCASIONAL	-	-	SI (SEGUN VOLUMEN)	-
	DEUDA PUBLICA (REPO)	SI	SI	-	OCASIONAL	-	-	-	-
	RENTA FIJA PRIVADA (salvo incluida en otra clasificación)	SI	SI	SI	OCASIONAL	-	-	-	-
	INSTITU-CIONES DE INVERSION COLECTIVA (IIC)	SI	-	-	OCASIONAL	-	-	-	-
COMPLEJOS	PRODUCTOS DERIVADOS	SI	SI	SI	SI	-	SI	SI	SI
	CFD´s	SI	SI	SI	SI	-	SI	SI (SEGUN VOLUMEN)	SI
	OTCS	SI	SI	SI	SI	SI	-	SI	SI
	WARRANTS	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI
	PRODUCTOS ESTRUCTU-RADOS	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI
	RENTA FIJA PRIVADA NO LIQUIDA	SI	SI	SI	SI	SI	-	SI	SI
	ACCIONES PREFERENTES	SI	SI	SI	SI	SI	-	-	SI
	PRODUCTOS SUBORDINA-DOS	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI
	IIC DE INVERSION LIBRE	SI	SI	SI	SI	SI	-	SI	-
	ACCIONES DE ENTIDADES								

Como se concluye, todo ello permite considerar que las obligaciones subordinadas con un producto complejo, tal y como también puede hacerse con fundamento en el actual art. 79 bis 8.a) Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que considera valores no complejos a dos categorías de valores. En primer lugar, a los valores típicamente desprovistos de riesgo y a las acciones cotizadas como valores ordinarios éstas cuyo riesgo es de "general conocimiento". Así, la norma considera no complejos de forma explícita a las (i) acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; (ii) a los instrumentos del mercado monetario; (iii) a las obligaciones u otras formas de deuda titulizada, salvo que incorporen un derivado implícito; y (iv) a las participaciones en instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo. En segundo lugar, como categoría genérica, el referido precepto considera valores no complejos a aquellos en los que concurran las siguientes tres condiciones: (i) 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 validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor; (ii) que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento; (iii) que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características. Esta información deberá ser comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento.

Tras la entrada en vigor de la Directiva 2006/73/CE, de Mercados de Instrumentos Financieros (MiFID), que clasifica los productos en **NO COMPLEJOS y COMPLEJOS**, las obligaciones subordinadas también están catalogadas por dicha normativa como **PRODUCTO COMPLEJO.**

La consecuencia jurídica de ello es la prevista por el propio art. 79 bis LMV, especialmente en sus apartados 6 y 7, aplicable ante actos de asesoramiento o de prestación de otros servicios sobre ellas a favor de clientes minoristas. La empresa de servicios de inversión -entre las que se incluyen las entidades de crédito- que asesore, coloque, comercialice o preste cualquier clase de servicio de inversión sobre tales valores complejos debe cumplir determinadas obligaciones, y entre ellas, por lo que ahora interesa, una obligación de información imparcial, clara y no engañosa.

Tampoco existe controversia sobre que el sr. debe ser calificado de cliente minorista en cuanto a su perfil inversor, ostentando además la condición de consumidor y, por tanto, siendo merecedor de la máxima protección.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores, en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito, frente al cliente, la diligencia y

transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses del cliente como propios.

El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, concretó, aún más, la diligencia y transparencia exigidas, desarrollando, en su anexo, un código de conducta presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que toda operación conlleva" (art. 5.3).

La STS de 14 de noviembre de 2005, sobre el correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, y sobre todo en el caso de productos de inversión complejos, afirma que la diligencia en el asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes y, en segundo lugar, la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de los clientes se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de dicha información.

Por tanto, el eje básico de los contratos, cualesquiera que sean sus partes, es el consentimiento de las mismas sobre su esencia, que no debe ser prestado, para surtir eficacia, de forma errónea, con violencia, intimidación o dolo, y esta voluntad de consentimiento para ser válida y eficaz exige por su propia naturaleza que los contratantes tengan plena conciencia y conocimiento claro y exacto de aquello sobre lo que prestan su aceptación y de las consecuencias que ello supone. Esta igualdad esencial que respecto de las partes debe presidir la formación del contrato, ha de desplegar su eficacia en las diferentes fases del mismo.

Pero en algunas ocasiones la Ley concede un plus de protección a la parte que es tenida como débil en el contrato, y así ocurre en la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyo artículo 3 y bajo la rúbrica "concepto general de consumidor y de usuario", contiene la definición de "consumidor" a los efectos de la Ley diciendo que "a los efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional", concepto éste que inequívocamente corresponde aplicar a la actora. Debemos recordar que son derechos básicos de los consumidores y usuarios, entre otros, "la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios...".

En la contestación a la demanda se afirma que el demandante, al firmar los documentos que aporta, viene a reconocer que comprende el

contenido del producto pese a que requiere la utilización de términos y expresiones técnicas y complejas, comprendiendo en particular que el producto implica un riesgo relevante sobre la posible pérdida de parte del capital invertido y su falta de liquidez.

En el supuesto que nos ocupa en modo alguno consta que, ni de forma documental ni verbalmente, se haya proporcionado una información al demandante sobre el producto que se le ofrecía y que reúna las exigencias legales. Atendiendo al perfil del demandante, que en el test realizado aparece como conservador, es claro el esfuerzo de información habría que realizar para explicar las características de este producto financiero, antes recogidas sucintamente, pues se trata de personas sin conocimientos especializados que se conozcan, tal y como se ha verificado en su interrogatorio.

Semejante crietrio fue reconocido por la propia entidad demandada al aceptar el arbitraje sobre las participaciones preferentes, por lo que no se acaba de entender por qué no se puede aplicar similar criterio a este producto.

Siendo así que la información otorgada al demandante ha sido insuficiente, quien sostiene su suficiencia, la entidad demandada, es precisamente la gravada con la carga de su prueba, por lo que cualquier incertidumbre sobre los hechos relativos a la misma solo a ella puede perjudicar. La obligación de informar corresponde a la entidad financiera y por lo tanto, a ella compete acreditar los hechos que impidan o enerven la pretensión que contra ella se ejercita. Así la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cual la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (STS 14 de noviembre de 2005).

El carácter del complejo instrumento financiero sobre el que recae la operación tiene mucha relevancia. La Comisión Nacional del Mercado de Valores afirma que "... **en un contexto de campañas internas de distribución masiva de productos complejos de riesgo medio o alto** (participaciones preferentes, bonos estructurados en capital garantizado, contratos financieros atípicos, derivados, etc.) entre los clientes de banca comercial, es posible que se utilice un lenguaje con elementos de opinión presentando la inversión como idónea para los clientes con la finalidad de que el inversor adopte la decisión de adquirir el instrumento financiero, es decir, **el riesgo de prestar el servicio de asesoramiento en materia de inversión de forma inadvertida es mucho mayor**..." (Guía sobre la prestación de asesoramiento en materia de inversión de la CNMV de 23 de diciembre de 2010 asequible en http://www.cnmv.es/DocPortal/GUIAS_Perfil/GuiaAsesoramientoInversion.pdf).

La complejidad de los productos financieros aumenta la asimetría entre el cliente y la entidad, ocasionando un desequilibrio que empuja, en la mayor parte de los casos, a las entidades financieras a trasmitir recomendaciones activas y orientadas a la contratación como un elemento sustitutivo de la información técnica del producto, que el cliente no puede valorar por su carencia de experiencia, conocimientos financieros específicos y medios técnicos especializados. Los productos financieros deben ser creados por el banco *ad hoc* tomando en consideración las circunstancias particulares del cliente, esto es, en el proceso de contratación han de tener que tomarse en cuenta tanto la situación financiera como los objetivos de inversión del cliente. En el caso que nos ocupa el producto es demasiado complejo como que para que el cliente no experto en los mercados financieros lo pueda solicitar por sí mismo.

En el documento "Questions and Answers, Understanding the definition of advice under Midif" de abril de 2010 (referencia CESR/10–293) recogido en la Guía de Asesoramiento en materia de inversión de la CNMV de fecha 23 de diciembre de 2010, se indica que para la concurrencia de asesoramiento en materia de inversión han de cumplirse dos requisitos fundamentales:

- que exista una recomendación sobre instrumentos financieros concretos, ya sea explícita o implícita, y

- que la recomendación sea personalizada, es decir, que se presente como idóneo al inversor basándose en sus circunstancias personales

En consecuencia, los elementos que caracterizan a una recomendación personalizada explícita o implícita son dos: que la propuesta vaya dirigida a un inversor concreto y que se presente como idónea para este inversor basándose sus constancias personales.

Si los productos fueron contratados a través de Banca Privada, sobre un producto concreto para un objetivo específico (obligaciones subordinadas con la condición de inversión con plena liquidez) y tomando en cuenta las circunstancias personales del inversor (perfil conservador) resulta evidente que el servicio *de facto* prestado fue el de asesoramiento financiero en materia de inversión.

Según los criterios de la CNMV, si una entidad no quiere prestar asesoramiento en materia de inversión no sería suficiente con la utilización de un *disclaimer* o descargo de responsabilidad la documentación entregada al cliente o con indicarlo expresamente en los procedimientos internos o comunicaciones internas a la red comercial. Estas medidas por sí mismas no son suficientes para considerar que no se está prestando el servicio de asesoramiento en materia de inversión. Como se ha indicado anteriormente, **lo verdaderamente relevante para analizar si existe o no asesoramiento**

es determinar si se ha producido una recomendación personalizada (Guía sobre la prestación de asesoramiento en materia de inversión de la CNMV de 23 de diciembre de 2010).

Siguiendo lo establecido en dicho documento oficial, el servicio de asesoramiento en materia de inversión se puede prestar en diferentes contextos:

- Asesoramiento recurrente. En este tipo de asesoramiento el cliente tiene una relación continuada con su asesor que periódicamente le presenta recomendaciones de inversión.
- Asesoramiento puntual o venta asesorada. En general, la relación comercial con el cliente no se desarrolla en el ámbito del asesoramiento. Sin embargo, esporádicamente, la entidad puede realizar al cliente recomendaciones de inversión.

En general, puede entenderse que el asesoramiento en materia de inversión a clientes que pertenecen a un segmento comercial separado (banca privada o banca personal) se sitúa en el contexto denominado como asesoramiento recurrente. En cambio, en el segmento comercial genérico (banca comercial o banca universal), cuando se presentan recomendaciones de inversión en el ámbito de la idoneidad, se sitúan más frecuentemente en la esfera del asesoramiento en materia de inversión que se ha denominado anteriormente asesoramiento puntual.

Una entidad no puede recomendar productos no idóneos para el cliente. Ello implica que, antes de emitir recomendaciones personalizadas, la entidad debe obtener una determinada información para poder concluir si el producto es o no idóneo para el cliente y, en consecuencia, si puede seguir adelante emitiendo la recomendación como establece el artículo 79 bis apartado 6 de la Ley del Mercado de Valores: “la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate, sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Únicamente se considera como excepción para el caso de clientes profesionales (no resultando aplicable al presente caso).

Por ello, debe considerarse como no idónea toda operación que implique un grado de riesgo no acorde al perfil del inversor o también será no idónea aquella recomendación de un producto que aumenta el riesgo y los costes potenciales de perder la totalidad de la inversión cuando el perfil del cliente es conservadora.

En conclusión con lo dicho, la realización de recomendaciones personalizadas no idóneas son contrarias al precepto legal que se acaba de referir.

La Comisión Nacional del Mercado de Valores define una recomendación de inversión idónea como aquella que “**cumpliendo los objetivos de inversión del cliente, el cliente pueda asumir, desde el punto de**

vista financiero, cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión y cuente con conocimientos y experiencia suficientes para comprender la naturaleza de la inversión" (Guía de actuación para análisis de la conveniencia e idoneidad de la CNMV de 17/6/2010 asequible en http://www.cnmv.es/DocPortal/GUIAS_Perfil/GuiaConvenienciaIdoneidad.pdf).

Debe traerse a colación la reciente STS de 17 de abril de 2013 (ROJ: STS 1837/2013) que señala:

> "Este motivo ha de ser desestimado por las siguientes razones:
>
> 1ª) Las escalas del "Perfil general de riesgo (de menor a mayor)" contempladas en el contrato eran "Conservador" , "Moderado" , "Arriesgado" y "Muy arriesgado" , y el firmado por el demandante fue el primero de todos, es decir, el más conservador de todos los posibles.
>
> 2ª) Este perfil desaconsejaba, ya de entrada, la inversión en un fondo que tenía un plazo de liquidez tan largo como el de 60 días.
>
> 3ª) Más desaconsejable aún era que la única inversión que quedó bajo la gestión de la hoy recurrente se mantuviera en ese fondo, cuyos "pingües beneficios", según anterior alegación de la propia parte hoy recurrente en este mismo recurso, necesariamente tenían que ser correlativos, en la lógica elemental de las cosas, a un riesgo incompatible con el perfil conservador del cliente.
>
> 4ª) Por tanto, definido el caso fortuito en el art. 1105 CC como un suceso que no pudo preverse, esta definición no conviene a la pérdida total de la inversión del demandante, porque la entidad recurrente hizo correr al patrimonio del demandante un riesgo que este, contractualmente, no deseaba, y solamente ya este incumplimiento contractual comportaba de por sí una falta de la diligencia exigible a todo profesional del sector, que entre sus obligaciones frente al cliente tiene la de protegerle frente a riesgos de su inversión no deseados, entre ellos un posible fraude.
>
> 5ª) En cuanto a que la causa de la pérdida total de la inversión fuera el fraude, se trata de un hecho no probado; y en cuanto a que el fraude no fuese detectado por ninguna autoridad supervisora ni por ninguna agencia de calificación, se trata de una cuestión no oponible por la entidad gestora a su cliente porque **frente a éste se obligó a respetar su perfil conservador y, por tanto, a no invertir su patrimonio en fondos cuya denominación no permitía comprender mínimamente su funcionamiento real ni el verdadero riesgo que comportaban**. En suma, a esta Sala no le corresponde pronunciarse sobre las autoridades supervisoras y las agencias de calificación ante lo que fue una simple estafa piramidal, ni tampoco sobre la influencia que en la actuación de la hoy recurrente pudo tener su propia remuneración ("el 15% anual del importe que suponga el exceso de beneficios de la cartera gestionada una vez superado el 10% anual de rentabilidad de la cartera referida",

según la cláusula séptima del contrato), **pero sí sobre la responsabilidad de la hoy recurrente frente al demandante por haber mantenido una inversión contraria a su perfil conservador, plasmado en el contrato, y sin facilitarle la más mínima información sobre el riesgo del fondo en cuestión como le exigían todas las normas citadas en la sentencia recurrida y de las que en el recurso se prescinde prácticamente por completo.**"

La opacidad de la finalidad de la contratación (pues no parece razonable, como se ha dicho con anterioridad, que un inversor de naturaleza netamente conservadora asuma el riesgo de perder toda su inversión en un producto financiero) unido a la asimétrica relación existente entre el riesgo de la operación, su beneficio potencial y el perfil del cliente minorista, debe llevarnos a analizar si otras motivaciones indujeron a la entidad bancaria a recomendar una venta de riesgo inadecuada y altamente especulativa como son las obligaciones subordinadas.

Como antes se ha indicado, dado que en los folletos de emisión de las obligaciones subordinadas se dice que dicha emisión tiene como finalidad la de incrementar los recursos propios de la Entidad, se observa que la razón esencial de ofrecer las obligaciones subordinadas no es el interés del cliente, que legalmente sería lo único a lo que podría atenerse la entidad bancaria en su labor de asesoramiento financiero, sino el de fortalecer los recursos propios de la que entonces era Caixanova.

Por tanto, el conflicto no surge tanto porque la entidad busque un beneficio propio, algo consustancial a cualquier actividad con ánimo de lucro, sino que ese beneficio actúe en contra de los intereses del cliente o a costa de los mismos.

El caso que nos ocupa define un supuesto recurrente de conflicto de intereses, pues existe una concentración entre el creador, estructurador, comercializador y agente de cálculo en la contrapartida del cliente en una misma entidad (Caixanova) y donde la entidad financiera, bien adopta posiciones contrarias a las que recomienda, bien recomienda productos no adecuados a sus clientes, sin informar a los inversores de los factores condicionantes, y obteniendo un beneficio a costa de los intereses de sus clientes.

Ya se ha indicado anteriormente que formalmente el emisor de las obligaciones subordinadas es **CAIXANOVA**, hoy **NOVAGALICIA BANCO**, por lo que el creador y estructurador de dicho producto es la propia Caixanova conforme sus intereses; la contrapartida de las obligaciones subordinadas es la de fortalecer los recursos propios del Grupo Caixanova con el dinero de los clientes que contratan el producto; además, el folleto de la emisión indica que "El servicio financiero de la Emisión se atenderá a través de los Servicios Centrales y Sucursales de la Entidad emisora, Caixanova." y, por último, la propia Caixanova actúa como garante de la operación.

La CNMV ha pedido a las entidades financieras que "eviten los conflictos de intereses que supone su doble condición de emisor y

comercializador" e informen de la conveniencia adquirir determinado producto, ya que a veces "el inversor carece de conocimientos y experiencia para comprender su naturaleza" (http://www.expansion.com/accesible/2011/06/17/empresasbanca/1308302977.html).

Es evidente que este *modus operandi* es un esquema potencialmente generador de conflictos de intereses, ya que existe el riesgo cierto de que las recomendaciones del asesor/comercializador (Caixanova) vayan orientadas, de forma prioritaria, a los intereses de la contrapartida (Caixanova) y no a los del cliente. Debe recordarse que el banco no es el mero intermediario de la operación, sino la contrapartida directa de la operación y actúa por cuenta propia. Es decir, de un lado la entidad financiera actúa como comercializadora del producto y asesora del cliente (lo que le obliga por ley a actuar en interés del mismo) y por el otro actúa como creador, vendedor y beneficiario de los productos estructurados en forma de obligaciones subordinadas. Resulta palmario que existe un conflicto de interés difícil de gestionar por parte del banco y que, como se ha dado por probado en este procedimiento, ha sido mal gestionado en la práctica, llevando a un vicio en el consentimiento del demandante.

Calificados los contratos suscritos como productos bancarios complejos resulta que la carga de la prueba sobre la adecuada y suficiente información debe pesar siempre sobre el profesional financiero como excepción al principio general establecido en el artículo 217 de la LEC. En este sentido baste citar y transcribir parte de una Sentencia del Tribunal Supremo dictada el 17 de junio de 2010 (ROJ: STS 4216/2010) donde el alto Tribunal indica*:*

> *"Por otra parte, y como tuvimos ocasión de declarar en la sentencia de 14 de noviembre de 2005, en relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros como los que constituyen el objeto de la presente litis:*
>
> *"... Algunos autores señalan, incluso, que en el caso de productos de inversión complejos la carga de la prueba sobre la existencia de un adecuado asesoramiento debe pesar sobre el profesional financiero respecto del cual la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, conforme al contenido del artículo 2 de la Orden Ministerial de 7 de octubre de 1999 del Ministerio de Economía y Hacienda que desarrolla el Código de Buena Conducta y Normas de Actuación en la Gestión de Carteras de Inversión estableciendo que las entidades deben solicitar a sus clientes información sobre su experiencia inversora, objetivos, capacidad financiera y preferencia de riesgo-, sin que quepa la elusión de responsabilidad por parte de las entidades de inversión por razón del concepto genérico de "preferencia de riesgo" cuando las inversiones aconsejadas son incompatibles con el perfil inversor de un cliente y producen el resultado negativo de dañar su patrimonio..."*

Este Juzgador, contrariamente a lo indicado por **NOVAGALICIA BANCO**, considera que la información facilitada por la entidad demandada al

actor “no alcanza el estándar de la conducta exigida al profesional con base en la normativa que lo regula” (STS 18/4/2013) y ello por las siguientes razones:

1.- en primer lugar, no se suministra una información completa y clara al inversor ni se actúa de buena fe cuando en el contrato existe una contradicción evidente entre la respuesta que da el inversor cuando se le pregunta por su perfil de riesgo y la elección de los valores en que se puede invertir.

No hay duda que la demandante optó por un perfil de riesgo conservador, pues no se acredita que tenga un perfil de inversor profesional o de riesgo. En todo caso, una clasificación o perfil distinto del conservador corresponde acreditarlo a la entidad bancaria, sin que sea admisible basarse en el hecho de que haya sido titular de acciones previamente para justificar un perfil de riesgo. Es más, aunque es cierto que no existe impedimento alguno a que clientes conservadores puedan solicitar inversiones en productos de riesgo, en tal caso debe ser exigible un plus de diligencia a observar por la entidad demandada pues ha de poner de manifiesto al cliente la incoherencia existente entre el perfil de riesgo elegido y los productos de inversión que se afirma han sido aceptados por el cliente y de este modo asegurarse que la información facilitada al cliente es clara y ha sido entendida.

Si se analizan las órdenes de compra de las obligaciones subordinadas objeto de litigio, se observa que los términos empleados en el contrato para advertir al inversor del riesgo de determinados productos no cumplen las exigencias de claridad y precisión en la información, pues nada se explica.

Teniendo en cuenta que la inversión en este producto comprende determinados riesgos asociados con el emisor y su sector y que pueden afectar a la capacidad del emisor de cumplir con sus obligaciones respecto del producto, es absolutamente imprescindible que se detallen de forma precisa esos riesgos, que no se definen en los documentos contractuales, y entre ellos cabe destacar el riesgo de crédito, el riesgo de mercado y el riesgo de liquidez. Más concretamente, habría que destacar que el pago de cupones o la devolución del importe invertido no están garantizados en caso de insolvencia del emisor, lo que no consta por ningún lado.

Además, es importante que el inversor tenga en cuenta que las obligaciones subordinadas, debido a su naturaleza de inversión a largo plazo, están especialmente sujetas al riesgo de la evolución de los tipos de interés, lo que tampoco se indica en ninguno de los documentos aportados.

Y, por último, debería haberse advertido que, en caso de insolvencia del emisor, las obligaciones subordinadas suponen “una renuncia al régimen legal de prelación de créditos que obliga al acreedor subordinado a participar del riesgo empresarial de forma similar a la del socio, aunque nunca igual, dado que el acreedor subordinado es preferente a éste”, lo que tampoco se explica.

En conclusión, atendiendo al grado de complejidad de las obligaciones subordinadas, sólo los clientes que tengan un adecuado conocimiento de las peculiares características del producto, sobre

todo en lo referido a su vencimiento, a la posibilidad de amortización anticipada por parte del emisor y, especialmente, a los riesgos mencionados anteriormente (plazo, rentabilidad, posibilidad de venta en mercado secundario…) haría posible que pudiesen adoptar una decisión informada y evitar las consecuencias negativas de una inversión no adecuada a su situación y expectativas.

2.- La actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto, que no lo tiene el actor. Y el hecho de que aprovechase sus ahorros para invertir en bolsa tampoco es suficiente para considerar a la demandante como cliente experto y eximir a la entidad demandada que presta los servicios de asesoramiento del cumplimiento del elevado estándar de información que le es exigible.

3.- Tampoco el hecho de que la entidad demandada hubiese informado al demandante de haber adquirido para él las obligaciones subordinadas y les remitiera informaciones periódicas sobre la evolución de la inversión tampoco supone el cumplimiento del estándar de información exigible, pues tal información no contiene los datos necesarios para que la demandante pudiera saber que los productos no se ajustaban al perfil de riesgo conservador por el que había optado.

En conclusión, el banco no cumplió el estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer al demandante la adquisición de determinados valores que resultaron ser valores complejos y de alto riesgo (así los define la Comisión Nacional del Mercado de Valores) sin explicarles que los mismos no eran coherentes con el perfil de riesgo conservador que había seleccionado al concertar el contrato de compra de valores.

Este incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las obligaciones subordinadas adquiridas. Todo ello debe determinar, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1089, 1091 y 1100, 1101 y concordantes del Código Civil, la declaración de responsabilidad de la demandada, con obligación de indemnizar a los actores por los perjuicios causados, lo que se sustenta en la devolución íntegra de la cantidad invertida en el producto denominado obligaciones subordinadas.

Quinto.- Sin perjuicio de los dicho, debe reconocerse que el eje básico de los contratos, cualesquiera que sean sus partes, es el consentimiento de las mismas sobre su esencia, que no debe ser prestado, para surtir eficacia, de forma errónea, con violencia, intimidación o dolo, y esta voluntad de consentimiento para ser válida y eficaz exige por su propia naturaleza que los contratantes tengan plena conciencia y conocimiento claro y exacto de aquello sobre lo que prestan su aceptación y de las consecuencias que ello supone. Esta igualdad esencial que respecto de las partes debe presidir la formación del contrato, ha de desplegar su eficacia en las diferentes fases del mismo.

A tal efecto, señala el Código Civil:

- Artículo 1261. "No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

Consentimiento de los contratantes.

Objeto cierto que sea materia del contrato.

Causa de la obligación que se establezca".

- Artículo 1265. "Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo"

- Artículo 1266. "Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo.

El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección".

Por otro lado el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, indica:

- Artículo 3. Concepto general de consumidor y de usuario. "A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional".

- Artículo 8. Derechos básicos de los consumidores y usuarios. "Son derechos básicos de los consumidores y usuarios (...)

b. La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.

c. La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos.

d. La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute (...)"

- Artículo 60. Información previa al contrato. "1. Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo (...)"

- Artículo 80. Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente. "1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:

Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. (...)"

Por su parte, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores señala en su artículo 78: "Sujetos obligados. 1. Quienes presten servicios de inversión deberán respetar:

Las normas de conducta contenidas en el presente Capítulo.

Los códigos de conducta que, en desarrollo de las normas a que se refiere la letra a anterior, apruebe el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Las contenidas en sus propios reglamentos internos de conducta (...)"

- Artículo 79. Obligación de diligencia y transparencia. "Las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de

tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo (...)"

- Artículo 79 bis. Obligaciones de información. "1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.

2. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales.

3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes.

La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado.

La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias.

4. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

5. Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes.

6. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del

> cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente (...)"

No se le dio al cliente información suficiente sobre los riesgos que asumía, máxime cuando la demandante no era una persona experimentada y cabe considerar que ni tan siquiera conocedora de este tipo de contratos complejos, lo que implica la existencia de vicio en la prestación del consentimiento.

Como dice la STS de 17 de febrero de 2005 "ha de recordarse la doctrina jurisprudencial según la cual para que un error pueda invalidar un negocio, es preciso que el mismo no sea imputable a quien lo padece, y tal cosa sucede cuando quien lo invoca podría haberlo eliminado empleando una diligencia normal adecuada a las circunstancias, es decir, una diligencia media teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien no merece dicha protección por su conducta negligente (SS 24 de enero de 2003 , 12 de julio de 2002 y 30 de septiembre de 1999 , entre otras)".

Dice la STS de 12 de noviembre de 2004, con cita de la STS de 24 de enero de 2003 que "de acuerdo con la doctrina de esta Sala, para que el error invalide el consentimiento, se ha de tratar de error excusable, es decir, aquel que no se pueda atribuir a negligencia de la parte que lo alega, ya que el error inexcusable no es susceptible de dar lugar a la nulidad solicitada por no afectar el consentimiento, así lo entienden las SS 14 y 18 de febrero de 1994, 6 de noviembre de 1996 y 30 de septiembre de 1999, señalándose en la penúltima de las citadas que la doctrina y la jurisprudencia viene reiteradamente exigiendo que el error alegado no sea inexcusable, habiéndose pronunciamiento por su inadmisión, si este recae sobre las condiciones jurídicas de la cosa y en el contrato intervino un letrado, o se hubiera podido evitar el error con una normal diligencia; con cita de otras varias, la S 12 de julio de 2002 recoge la doctrina de esta Sala respecto al error en el objeto al que se refiere el párr. 1.º del art. 1265 del CC y establece que será determinante de la invalidación del contrato únicamente si reúne dos fundamentales requisitos: a) ser esencial porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste; y b) que no sea imputable a quien lo padece y no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las

personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por la declaración (SS 18 de febrero y 3 de marzo de 1994)".

Expuesto cuanto antecede y aclarado que la acción que se interpone como principal es la de nulidad; que los productos que fueron contratados tenían la característica o calificación de complejos; que la obligación que tenía la entidad **CAIXANOVA** era la de informar a sus clientes antes de suscribir productos de esta clase; y que la carga de probar la concurrencia de tal información corresponde a la entidad financiera demandada, debe concretarse si en el presente caso el demandante fue debidamente informado del producto que iba a suscribir y si fue consciente o conocía lo que realmente estaba suscribiendo o, por el contrario, no concurrió tal información y existió un error en el consentimiento que invalida tales contratos, debiendo tenerse en cuenta como punto de partida que el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de noviembre de 2012 (ROJ: STS 7843/2012) señala que:

> “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 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.”

Aplicando los anteriores criterios jurisprudenciales al supuesto de autos y teniendo en cuenta que el error invalidante del consentimiento contractual es una mera cuestión de hecho a solventar conforme al resultado de la prueba practicada en el caso concreto, este Juzgador considera que en el presente caso el consentimiento prestado carece de validez o, lo que es lo mismo, fue nulo.

En este consentimiento prestado por error concurren todos los presupuestos antes analizados:

1.- se proyecta sobre un elemento esencial del contrato, es decir, sobre la creencia de la plena liquidez del producto y sobre la imposibilidad de poder perder lo invertido, lo que motivó la contratación del producto.

2.- esta creencia se objetivó mediante el asesoramiento dado por los empleados de **CAIXANOVA**.

3.- se trata de un error excusable, ya que el actor no es un cliente dedicada a realizar operaciones en mercados no organizados o a especular en mercados financieros, sino que es un cliente que trata de obtener algún beneficio con los ahorros que tiene, y confía en la información que le transmite su propio asesor con el que siempre ha trabajado manteniendo allí sus depósitos.

Consecuentemente con todo lo expuesto, entendiendo que la hoy demandante nunca conoció el contenido de las órdenes de compra que firmó al existir por su parte un error excusable sobre el mismo derivado de la ausencia total de información acerca de su naturaleza del producto contratado y su funcionamiento, debe estimarse la pretensión que con carácter principal plantea la actora y declarar la nulidad de los contratos de compra de productos financieros denominados de obligaciones subordinadas denominadas **CAIXANOVA 2ª emisión** ejecutadas en fecha 15 de abril de 2003 por importe de 48.000.-€ con ISIN núm. ES0214958029 con las consecuencias inherentes a tal declaración, es decir, con la condena de la entidad demandada a restituir la cantidad que fue invertida.

Sexto.- En el acto de juicio se puso de manifiesto un hecho nuevo, cual era que la actora había realizado el canje obligatorio en acciones y que luego habíá obtenido liquidez vendiéndolas, previa quita al FROB. Por razón de dicha quita obtuvo 37.237,22.-€, por lo que la reclamación se solicita que continúe por el resto.

Tal hecho nuevo no fue objeto de discusión por la demandada, como tampoco lo fue las eventuales consecuencias jurídicas de tal negocio jurídico, ciertamente discutibles, por lo que ninguna decisión, vista la conformidad de las partes, debe hacerse en esta resolución.

Séptimo.- El art. 408 LEC establece que "si frente la pretensión actora de condena al pago de una cantidad de dinero, el demandado alegare la existencia de crédito compensable, dicha alegación podrá ser controvertida por el actor en la forma prevenida para la contestación a la reconvención, aunque el demandado sólo pretendiese su absolución y no la condena al saldo a su favor que pudiera corresponder".

NOVAGALICIA BANCO pretende que, si tuviese que devolver el principal reclamado, debería ello compensarse con los intereses cobrados por la parte actora, alegando que la consecuencia obligada de la nulidad que se pretende no es otra que la restitución reciproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses (artículo 1303 del Código Civil).

Así las cosas, y conforme el principio dispositivo, se acuerda que la estimación de la demanda implicará la consiguiente restitución recíproca entre las partes de las obligaciones subordinadas y de los intereses que se hayan percibido y de la cantidad obtenida en el proceso de liquidez al FROB, esto es, la entidad demandada ha de reintegrar al actor el principal del producto contratado, a lo que se le incrementarán los intereses legales desde la fecha de suscripción del producto hasta la de reintegro, procediendo a la compensación judicial con las cantidades recibidas por el actor en concepto de intereses, que igualmente devengarán idéntico interés legal desde su percepción hasta el momento mismo de la compensación, así como con la cantidad de 37.237,22.-€ recibida por el actor en el proceso de canje y recuperación de liquidez para los titulares de participaciones preferentes y deuda subordinada.

Octavo.- Habiendo sido estimada la demanda, las costas se impondrán a la parte vencida, a cuyo efecto se considerará como base imponible la determinada inicialmente en demanda.

PARTE DISPOSITIVA

Que **DEBO ESTIMAR Y ESTIMO** la demanda deducida por la Procuradora sra. **NOGUEIRA FOS** quien actúa en nombre y representación de **DON JOSÉ** contra **NOVAGALICIA BANCO, S.A. y,** en su virtud **DECLARO** la nulidad de las órdenes de compra de obligaciones subordinadas denominadas **CAIXANOVA 2ª emisión** ejecutadas en fecha 15 de abril de 2003 por importe de 48.000.-€ por responsabilidad contractual por incumplimiento de las obligaciones asumidas de asesoramiento financiero por la entidad demandada y vicio del consentimiento, procediendo la consiguiente restitución recíproca entre las partes de las obligaciones subordinadas y de los intereses que se hayan percibido y de la cantidad obtenida en el proceso de liquidez al FROB, esto es, la entidad demandada ha de reintegrar al actor el principal del producto contratado, a lo que se le incrementarán los intereses legales desde la fecha de suscripción del producto hasta la de reintegro, procediendo a la compensación judicial con las cantidades recibidas por el actor en concepto de intereses, que igualmente devengarán idéntico interés legal desde su percepción hasta el momento mismo de la compensación, así como con la cantidad de 37.237,22.-€ recibida por el actor en el proceso de

canje y recuperación de liquidez para los titulares de participaciones preferentes y deuda subordinada.

CONDENO a **NOVAGALICIA BANCO, S.A.** a estar y pasar por esta declaración y a las costas procesales.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta sentencia cabe recurso de apelación dentro de los veinte días siguientes a su notificación, que se interpondrá ante este órgano judicial.

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el BANESTO, en la cuenta de este expediente 0861 0000 04 464 13, indicando en el campo "concepto", la indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación".

Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir, tras la cuenta referida, separados por un espacio la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación".

En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando, en este caso, en el campo observaciones la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA.

Asimismo, la interposición del recurso de apelación queda condicionada al pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil que corresponda conforme se establece en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia, excepción hecha de que el recurrente sea una de las personas a las que se les haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, acreditando que cumplen los requisitos para ello de acuerdo con su normativa reguladora.

Se advierte que los sujetos pasivos autoliquidarán esta tasa conforme al modelo oficial establecido por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y procederán a su ingreso en el Tesoro Público con arreglo a lo dispuesto en la legislación tributaria general y en las normas reglamentarias de desarrollo de este artículo, debiendo adjuntar el justificante del pago de la tasa con arreglo al modelo oficial, debidamente validado, a todo escrito procesal mediante el que se realice el hecho imponible de este tributo.

En caso de que no se acompañe dicho justificante, no se dará curso al escrito hasta que tal omisión fuese subsanada. La falta de presentación del justificante de autoliquidación no impedirá la aplicación de los plazos establecidos en la legislación procesal, de manera que la ausencia de subsanación de tal deficiencia dará lugar

a la preclusión del acto procesal y a la consiguiente continuación o finalización del procedimiento, según proceda.

Así por esta mi Sentencia la pronuncio, mando y firmo en la fecha y lugar arriba supraescritos.