

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1
LEON**

SENTENCIA: 00202/2016

N10250

C/ EL CID, NÚM. 20

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTOTfno.:

987 23 31 35 Fax: 987 23 33 52

YFD

N.I.G. 24115 41 1 2015 0016259

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000178 /2016

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.4 de PONFERRADA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000514 /2015

Recurrente:

Procurador:

Abogado:

Recurrido: BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA SA

Procurador:

Abogado:

**ROLLO: RECURSO DE APELACIÓN Nº. 178/16.
PROCEDIMIENTO: JUICIO ORDINARIO Nº. 514/15, JUZGADO
DE PRIMERA INSTANCIA Nº. 4 DE PONFERRADA.**

S E N T E N C I A Nº 202/16

**LA SALA GENERAL DE MAGISTRADOS DEL ORDEN CIVIL DE
LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LEÓN, CONSTITUIDA EN
PLENO JURISDICCIONAL, AL AMPARO DEL ART. 264.1 LOPJ,
CONSTITUIDA POR:**

Il'tmos/as. Sres/as:

D^a. ANA DEL SER LOPEZ.- Presidenta (Ponente).

D^o. MANUEL GARCÍA PRADA.- Magistrado.

D^o. RICARDO RODRIGUEZ LOPEZ.- Magistrado.

**D^o. ALBERTO ÁLVAREZ RODRÍGUEZ.- Presidente Secc.
Segunda.**

D^o. ANTONIO MUÑIZ DíEZ.- Magistrado.

D^a. MARIA DEL PILAR ROBLES GARCÍA.- Magistrada.

En la ciudad de León, a 27 de junio del año 2016.

VISTO el rollo de apelación nº. 178/16, inicialmente ante la Sección Primera de la Audiencia Provincial y posteriormente ante la Sala de Magistrados del orden civil, formada por los magistrados de la Sección Primera y Segunda de esta Audiencia, constituida en pleno jurisdiccional, correspondiente al Procedimiento Ordinario nº. 514/15 del Juzgado de Primera Instancia Nº. 4 de Ponferrada, en el

que ha sido parte apelante
XXX,
representada por el Procurador Sr. , siendo parte apelada la entidad
**BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y
SORIA, SA.**, representada por el Procurador Sr., actuando como
Magistrada Ponente para este trámite la **Ilma. Sra. D^a. ANA DEL
SER LOPEZ.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Juez del Juzgado de 1^a Instancia N^o. 4 de Ponferrada dictó sentencia en los autos de Procedimiento Ordinario N^o. 514/2015, con fecha 25 de enero de 2016, cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: "**FALLO:** Se desestima la demanda interpuesta por XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX representada por el Procurador de los Tribunales Sr. contra BANCO CEISS, S.A, absolviendo a este de todos los pedimentos contra él formulados. Sin expresa imposición de costas".

SEGUNDO.- Contra la relacionada sentencia, se interpuso recurso de apelación por la demandante y dado traslado del mismo se presentó escrito de oposición, remitiéndose las actuaciones a esta Sala y señalándose para la deliberación y fallo, el día 26 de abril de 2016.

Posteriormente, por la Sra. Presidenta de la Audiencia Provincial se acordó dejar sin efecto el señalamiento y se convocó a pleno jurisdiccional de las dos Secciones Civiles para decidir sobre la cuestión planteada, a fin de unificar criterios, señalando el día 17 de mayo para deliberación y fallo.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de la controversia y cuestiones litigiosas planteadas en la alzada.

1.- Por la parte actora se ejercita acción de nulidad por vicio de consentimiento y subsidiariamente de resolución por incumplimiento contractual, respecto de la Orden de suscripción de

Obligaciones Subordinadas Caja España 10-FEB, nº de títulos 30, de fecha 26-01-2010. La entidad bancaria mantenía la improcedencia de la nulidad solicitada por la demandante toda vez que los efectos jurídicos derivados de la orden de 26/01/2010 quedaron extinguidos como consecuencia del canje voluntario de Bonos Ceiss por Bonos Unicaja al que acudió la demandante, con expresa renuncia de las acciones judiciales que pudieran corresponderle, conforme consta en el acta notarial de manifestación de renuncia otorgada el 27 de diciembre de 2013.

2.- La Sentencia dictada en Primera Instancia rechaza en primer lugar la excepción de caducidad de la acción y examinando las características del canje voluntario desestima la pretensión de declaración de nulidad del contrato porque no existe consentimiento viciado respecto de la renuncia de las acciones mediante acta de manifestaciones ante Notario. En consecuencia, desestima la demanda planteada sin hacer expresa imposición de costas.

3.-Contra esta resolución se interpone recurso de apelación por la parte demandante, solicitando se dicte sentencia estimatoria de la demanda formulada. Alega incongruencia de la sentencia que no resuelve sobre la nulidad de la adquisición de obligaciones subordinadas del año 2010 y sin embargo, si analiza la validez del acta de manifestaciones de fecha 27 de diciembre de 2013, que contiene una renuncia de acciones judiciales, cuando no era una cuestión que se hubiera planteado en la demanda. Insiste en la nulidad por error en el consentimiento de la orden de valores de fecha 26/1/2010 y en la propagación de los efectos de la nulidad a los negocios jurídicos posteriores.

SEGUNDO.- Hechos que se analizan. Congruencia de la Sentencia.

4.- La demanda judicial presentada el 31/07/2015 que da origen a este procedimiento solicitaba la nulidad de la Orden de suscripción de Obligaciones Subordinadas Caja España de fecha 26-01-2010 y de todos los actos posteriores a la misma, y por tanto del canje voluntario, con la restitución recíproca de las cantidades que una y otra parte hubieran recibido en virtud del contrato cuya nulidad se insta. La resolución dictada en Primera Instancia recoge como hecho determinante de la decisión desestimatoria de la demanda que en fecha 27/12/2013 la demandante otorgó ante Notario acta de manifestaciones, mostrando su expresa voluntad de aceptar el canje voluntario y haciendo constar expresamente su renuncia a cualquier tipo de acción, sea judicial o extrajudicial, derivada de las obligaciones subordinadas de las que inicialmente era titular. La parte recurrente sostiene que la sentencia dictada en Primera

Instancia no resuelve sobre la cuestión que se somete a debate que es la nulidad de la adquisición de obligaciones subordinadas y que incurre en incongruencia omisiva.

Además señala que la argumentación sobre la renuncia de acciones ante notario, efectuada mediante acta de manifestaciones el 27 de diciembre de 2013, excede de los pronunciamientos que eran el objeto de la litis, incurriendo en incongruencia extra petita.

5.- Debe recordarse que la exigencia de congruencia de la sentencia se analiza siempre con referencia a lo pedido en la demanda y a las demás pretensiones de las partes deducidas oportunamente en el pleito. El ajuste entre lo pedido y el fallo de la sentencia ha de ser sustancial, racional y flexible. La STS de 10 de diciembre de 2013, recurso nº 2371/2011, recuerda la doctrina de la Sala sobre las condiciones de este ajuste como parámetro para determinar la congruencia de las sentencias: *«[...] sentencias de esta Sala núm. 838/2010, de 9 de diciembre, y núm. 854/2011, de 24 de noviembre, afirman que la congruencia «exige una correlación entre los pedimentos de las partes oportunamente deducidos y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta el petitum (la petición) y la causa petendi (causa de pedir) o hechos en que se fundamente la pretensión deducida»*. El límite del requisito de la congruencia se encuentra, de conformidad con la citada doctrina, en el necesario respeto a la causa petendi o conjunto de hechos y razones que fundamentan la pretensión. No vulnerándose la causa de pedir adquiriría virtualidad plena el principio iura novit curia y se permitiría este ajuste racional y flexible. Por lo que se refiere a la incongruencia omisiva, el desajuste entre el fallo de la sentencia y las pretensiones de las partes se produce y se exterioriza por la falta de pronunciamiento sobre alguna pretensión oportunamente deducida.

6.- En este caso, no se observa falta de pronunciamiento sobre ninguna de las pretensiones formuladas en la demanda. La sentencia recurrida concluye con la desestimación de la pretensión de nulidad y resolución contractual al entender acreditado que se produce una renuncia voluntaria al ejercicio de las acciones correspondientes por la nulidad del contrato firmado en el año 2010 de adquisición de obligaciones subordinadas. Los razonamientos sobre la validez del acta de manifestaciones giran en torno al análisis de la renuncia de las acciones y se introducen en el debate por los términos en los que se plantea la contestación a la demanda, siendo argumentos necesarios para resolver sobre la acción ejercitada. La desestimación de la demanda por considerar válida la renuncia de acciones que acompaña al canje voluntariamente aceptado, hace innecesario el análisis sobre el

error del consentimiento en la contratación inicial, por lo que no se observa vicio de incongruencia en la sentencia dictada por la Juez de Primera Instancia.

TERCERO.- Renuncia a las acciones judiciales. Acta de manifestaciones ante notario.

7.- El análisis de la renuncia de acciones es necesario realizarlo de forma previa al estudio sobre la Nulidad del Contrato inicial, porque la decisión respecto de esta cuestión condiciona la importancia de valorar la existencia de vicio del consentimiento respecto de la adquisición de obligaciones subordinadas. La sentencia recurrida, respecto del acta de manifestaciones y renuncia, hace las siguientes consideraciones: *“en el momento del canje voluntario, diciembre de 2013, la demandante ya era conocedora o debía serlo de la resolución del FROB de mayo de 2013 (no dejando lugar a duda alguna en virtud de la carta remitida a la demandante aportada por ella misma al procedimiento como documento número 11 de la demanda de fecha 29/10/2013); esto es ya sabía que el dinero que había invertido no era en la renovación de un depósito a plazo fijo como se menciona en la demanda, sino que eran obligaciones subordinadas, de hecho sus títulos en virtud de dicha resolución habían sido convertidos en bonos de necesaria y contingentemente convertibles en acciones de banco Ceiss. Dicho conocimiento de lo que en realidad había contratado no era solo por la conversión sino también por los distintos medios de comunicación que daban una información diaria de tales productos bancarios con la constitución de varias plataformas de afectados con obligaciones subordinadas y participaciones preferentes.*

De hecho existían ya innumerables sentencias falladas a favor de los clientes que apreciaban vicios del consentimiento en la comercialización de este tipo de productos híbridos”. En el documento 13 de la demanda, se dice expresamente (folio 113) que “C) La aceptación de la oferta de UNICAJA BANCO implica la renuncia de cualquier derecho de reclamación o acción judicial o extrajudicial contra UNICAJA y/o UNICAJA BANCO y/o CEISS y/o BANCO CEISS con motivo de la comercialización de los instrumentos híbridos por este último y del canje realizado posteriormente por el FROB...”.

8.- La valoración del documento de renuncia de acciones y su trascendencia para la resolución de la cuestión litigiosa necesariamente obliga a examinar la Jurisprudencia del TS en la materia. Concretamente la reciente Sentencia del TS, Civil sección 1 de 12 de febrero de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:405, Ponente:

FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO) se pronuncia en un supuesto que presenta ciertas similitudes con el que ahora nos ocupa, pues se produce en el ámbito de la contratación bancaria. Sienta doctrina jurisprudencial respecto de la Renuncia de derechos, actos propios y confirmación del contrato en un caso que planteaba, como cuestión de fondo, la interpretación y alcance de un documento de renuncia de acciones otorgado por una cliente en el curso de las desavenencias surgidas con la entidad bancaria a propósito de la ejecución de un contrato de permuta financiera (swap de tipo de interés). Particularmente respecto de su incidencia en la acción de nulidad contractual ejercitada por la cliente y demandante, de la aplicación de la doctrina de los actos propios y, en su caso, de la posible confirmación del contrato tras la citada renuncia otorgada por la actora.

Puede resumirse la doctrina del TS en los siguientes términos: *“la valoración de la renuncia de derechos no puede realizarse aisladamente sobre un determinado hecho o acto jurídico desligado de la relación jurídica de la que trae causa o razón. Su valoración, por tanto, debe partir de la interpretación sistemática de la relación obligacional examinada en su conjunto y no centrada, exclusivamente, en los antecedentes del propio documento de renuncia.....”*. Cita la STS de 28 de enero de 1995, en donde se destaca que: *“[...] la renuncia de derechos, como manifestación de voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo, ha de ser, además de personal, clara, terminante e inequívoca, sin condicionante alguna, con expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita, pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos”*. Concluye: *“En el presente caso, y de acuerdo a la anterior precisión, no concurren los presupuestos exigibles para considerar que el citado documento contenga una auténtica y plena renuncia de derechos. Así, en primer término, no se trata de una renuncia en sentido propio. La demandante se limita a firmar unos documentos pre-redactados por la entidad bancaria a tal efecto y llevada por la confianza en su gestor y en la creencia de solucionar el problema surgido.....En segundo término, la renuncia tampoco es clara, contundente e inequívoca al respecto, tal y como exige la doctrina jurisprudencial de esta Sala. En efecto, de la mera lectura del documento de renuncia se desprende que la complejidad del producto ofertado, la determinación del riesgo derivado para el adquirente o el coste de la cancelación anticipada del producto resultan inconcretos o no aclarados. Por lo que difícilmente puede concluirse que un cliente, con el perfil de la demandante, haya realizado con la suscripción de dicho documento una auténtica renuncia de derechos al comprender, con exactitud, el alcance de*

la contratación realizada. Cuando, precisamente, el error de consentimiento en dicha contratación está en la base de su reclamación a la entidad bancaria, pues contrató en la creencia de que se trataba de un "seguro" para proteger de las posibles subidas del Euribor". La Sentencia analizada descarta también la aplicación de la doctrina de los actos propios, entendiendo que el documento de renuncia de derechos no constituye un acto inequívoco y definitivo que impida a la demandante reclamar lo que considera justo desde el mismo momento en que advirtió la distinta naturaleza y alcance del producto adquirido, pues el incumplimiento por la entidad bancaria de los especiales deberes de información que le incumben, deslegitima su recurso a la doctrina de los actos propios que, precisamente, se encuadra en el principio de buena fe. Y rechaza la confirmación del contrato pues: *"el documento de renuncia suscrito por la demandante, a instancia de la entidad bancaria, tampoco le saca del error acerca de la complejidad del producto y la concreción de los riesgos adversos que pudieran derivarse. Lo que en términos del citado artículo 1311 del Código Civil supone que subsiste la causa de nulidad y que ésta no ha cesado".*

9.- En este caso, la doctrina que resulta de la Sentencia antes comentada permite considerar que la renuncia de acciones no fue clara y concluyente. El acta de manifestaciones no reúne tales requisitos aunque fuera firmada ante notario que puede ser garantía del control de incorporación pero no del control de transparencia y comprensión por el cliente bancario del alcance de la contratación realizada. Se trata de un documento redactado por la entidad bancaria que se somete a la firma del cliente que se encuentra presionado por la decisión de minimizar las pérdidas sufridas como consecuencia de la suscripción de las obligaciones subordinadas. El análisis de las circunstancias en las que se produce la renuncia y su valoración conjunta con la relación comercial inicial y por tanto, con la adquisición de las obligaciones subordinadas cuyo canje voluntario estaba aceptando, permite considerar que no se produce una renuncia clara de acciones. Una simple lectura del acta de manifestaciones pone de relieve que la demandante no pudo darse cuenta del riesgo que asumía con el canje y valorar la complejidad del producto. Debe añadirse que existe una remisión al folleto informativo que hace muy difícil de comprender el alcance del pacto que se está firmando y en consecuencia, condiciona la renuncia. Los términos de dicha renuncia resultan inconcretos y no aclarados. Difícilmente puede concluirse que un cliente, con el perfil de la demandante, haya realizado con la suscripción de dicho documento una auténtica renuncia de derechos al comprender, con exactitud, el alcance de la contratación realizada, cuando, precisamente, el error de

consentimiento en dicha contratación está en la base de los pactos posteriores, incluido el canje voluntario y la renuncia de acciones. En este punto, la argumentación de la Sentencia recurrida podría tener relación con el cómputo del plazo de caducidad de la acción de nulidad, a contar desde el momento en que la demandante pudo conocer lo que en realidad había contratado, pero no es suficiente para considerar que la renuncia está dotada de los requisitos necesarios para ser válida.

10.- En el mismo sentido, la *Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo, de 12 de enero de 2015*, en un supuesto de "Seguro de vida "unit linked" en el que se ejercitaba acción de anulación por error vicio en el consentimiento, declara que la petición de rescate no es significativa de la voluntad de la demandante de extinguir su derecho a impugnar el contrato, solicitando su nulidad y la restitución de lo que entregó a la otra parte, puesto que es compatible con la pretensión de obtener la restitución de la cantidad entregada. Resulta del criterio del TS que la renuncia a un derecho, como es el de impugnar el contrato por error en el consentimiento, no puede deducirse de actos que no sean concluyentes, y no lo es la petición de restitución de la cantidad invertida respecto de la renuncia a la acción de anulación del contrato. Menos aún lo es la reintegración parcial de la cantidad invertida, sin haber renunciado a la acción y añade: *"No puede pedirse una actitud heroica a la demandante, pretendiendo que renuncie a ser reintegrada parcialmente de la cantidad invertida hasta que se resuelva finalmente la demanda en la que solicitó la anulación del contrato y la restitución del total de las cantidades invertidas"*.

CUARTO.- Error vicio de consentimiento. Obligaciones subordinadas. Naturaleza y concepto del producto de inversión objeto de litigio.

11.- Entrando en el análisis de la cuestión de fondo planteada sobre la nulidad de la adquisición de las obligaciones subordinadas, una vez descartada la validez de la renuncia voluntaria a la acción de nulidad, en primer lugar, confirmamos la decisión de desestimar la caducidad de la acción, siguiendo el criterio que resume la *sentencia de pleno del TS de 12 de enero de 2015 (RCIP 2290/2012)* en la que se dispone que *"no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento. Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el*

momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo”.

12.- Y entrando en la valoración de las características de las obligaciones subordinadas, cuya nulidad por error en el consentimiento se planteaba en la demanda inicial, debe señalarse que nos encontramos ante un producto complejo cuya idea fundamental, desde el punto de vista jurídico, reside en que ocupan un rango inferior a los créditos de los demás acreedores y no se reembolsan hasta que no se hayan pagado todas las demás deudas vigentes y, como señala la doctrina, el acento debe ponerse en su inexigibilidad. El precio de la postergación lo constituye el devengo de 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. En esta materia resulta aplicable la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que modificó la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores e incorporó al ordenamiento interno la Directiva 2004/39 que ha sido objeto de interpretación en la sentencia del Tribunal de la Unión Europea de fecha 30 de mayo de 2013 que señala que la prestación de un servicio de inversión a un cliente conlleva, en principio, la obligación de la empresa de inversión de llevar a cabo la evaluación establecida en el artículo 19, apartados 4 y 5 de la Directiva 2004/39, indicando que el asesoramiento en materia de inversión, con arreglo al artículo 4, apartado 1, punto 4 de la Directiva 2004/39, consiste en la prestación de recomendaciones personalizadas al cliente. La Ley 47/2007, de 19 de diciembre, es una norma extremadamente exigente, que especifica la clase, contenido y categoría de la información, según la clase de cliente de que se trate. El artículo 79 de la Ley regula las obligaciones de información, de forma que conforme a lo prevenido en el artículo 79 bis existe obligación de "mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes". Y esta información debe "ser imparcial, clara y no engañosa".

13.- Desde esta perspectiva rigurosa corresponde examinar si ha existido información adecuada a las circunstancias del tipo de negocio y la respuesta ha de ser negativa, concluyendo, al igual que ha ocurrido en otros supuestos similares planteados en este Tribunal de Apelación, que la ausencia de información adecuada ha generado un vicio esencial del consentimiento que da lugar a la nulidad del contrato (art. 1.263 del CC). La doctrina del TS sobre el alcance de la obligación de información de una entidad de crédito al comercializar un producto complejo y las consecuencias del

incumplimiento de ese deber de información en relación con la existencia de error vicio del consentimiento ha sido ya fijada de forma clara y así se ha pronunciado en la STS nº 840/2013, del Pleno, de 20 de enero de 2014, recurso nº 879/2012, en la que se fijan unos criterios de enjuiciamiento que se han reiterado en las SSTS de 7 de julio de 2014, recs. 1520/2012 y 892/2012, y 8 de julio de 2014, rec.1256/2012 y recuerda la Sentencia del TS de 26 de febrero de 2015. Esta Sentencia del TS de fecha 20 de enero de 2014 argumenta: *“el deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo como el swap de inflación conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato. Para cubrir esta falta de información, se le impone a la entidad financiera el deber de suministrarla de forma comprensible y adecuada”*. Declara la STS de 10 de septiembre de 2014, rec. nº 2162/2011 (en general para la contratación en el ámbito del mercado de valores de productos y servicios de inversión con clientes no profesionales), *“el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en la sentencia num. 840/2013, de 20 de enero de 2014”*, en la que esta Sala ya dejó dicho que la omisión del test que debía recoger la valoración del conocimiento del cliente de los concretos riesgos asociados al producto complejo, aun no determinando por sí la existencia del error vicio, sí permitía presumirlo. El carácter indiscutiblemente complejo de las obligaciones subordinadas antes comentado, especialmente en los casos en que se comercializan a inversores sin conocimientos precisos, supone que la entidad bancaria debe ser extremadamente diligente en la obtención de la información sobre los datos esenciales de los clientes para conocer que el producto financiero puede ser ofrecido y también que debe facilitarse la información precisa para que el cliente sea plenamente consciente del objeto del contrato y de las consecuencias del mismo.

14.- En este supuesto, ciertamente ha existido una falta de información con relevancia para viciar el consentimiento contractual. En primer lugar, se prestó un servicio de asesoramiento a la cliente por la entidad bancaria demandada que se dirigió a la misma ofreciéndole el producto que finalmente adquiere. Así,

resultan unos deberes de información que no se cumplen. La entidad bancaria no acredita que la actora sea experta conocedora de temas financieros y que fuera irrelevante la información a suministrar. Consta que la entidad de crédito demandada ofreció las obligaciones subordinadas a la demandante, cliente minorista, no realizó el test de idoneidad -que era obligado pues la comercialización se hace como recomendación personalizada por lo que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero- y no hubo información sobre el riesgo de forma adicional al contenido de las cláusulas del contrato. De todo lo anteriormente razonado resulta que el recurso debe ser estimado pues no se ofreció la información adecuada a

la demandante, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de las obligaciones subordinadas y su régimen legal, complejo y arriesgado, que pone en serio peligro la inversión realizada, de aquí que resultara imprescindible suministrar toda la información relativa a este producto y el contenido de la emisión no ofrece los datos relevantes de la inversión que ha sido aconsejada por la entidad bancaria demandada. En definitiva, la falta de información, una vez acreditada, determina que el error producido sea excusable al cliente por lo que procede declarar la nulidad de la adquisición de obligaciones subordinadas y la del posterior canje vinculado que se deriva del vicio de nulidad del contrato inicial.

QUINTO.- Efectos de la declaración de nulidad. Consecuencias respecto del canje posterior. Confirmación del contrato por el canje.

15.- La jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias de 22 de diciembre de 2009 y 17 de junio de 2010, en relación con los artículos 1274 y 1275 del Código Civil sobre la causa de los contratos, y la doctrina de la continuada influencia de la causa en el contrato, fija el principio de propagación de la ineficacia contractual o extensión de los efectos de la ineficacia contractual a otros actos o contratos que guardan relación con el inválido. Por tanto, no se produce una confirmación del contrato inicial por el canje de las obligaciones por bonos convertibles en acciones, pues la finalidad de la inversora al suscribirlo era solamente minimizar las pérdidas. El Tribunal Supremo en la citada sentencia de 17 de junio de 2010 mantiene, en una situación muy similar a la presente, que los contratos están causalmente vinculados en virtud del nexo funcional, dado que sin las pérdidas del primero no se hubiera celebrado el segundo, que tenía por finalidad tratar de paliarlas o conjugarlas. Por ello, debe mantenerse que existen una ineficacia en cadena o propagada, de tal modo que la ineficacia del contrato de origen que es presupuesto acarrea la nulidad del contrato dependiente que es consecuencia suya. El canje aceptado constituía un instrumento que se ofrece para enjugar unas pérdidas

que se consideraban definitivas y por tanto, de no haberse producido las pérdidas originadas por el primer contrato, resulta indudable que no se hubieran celebrado los posteriores contratos. Éstos únicamente tenían por objeto reducir las pérdidas producidas por aquél. Los contratos posteriores presuponían, por este camino, la validez del primer contrato y la asunción de sus resultados económicos. Sin el primer contrato y las pérdidas que originó quedaría privada de sentido la operación de canje posterior que estaba causalmente vinculada al inicial en virtud de un nexo funcional, pues la demandante no hubiera aceptado de nuevo un nivel de riesgo impropio y ajeno a su perfil inversor salvo por las pérdidas de la inversión originariamente realizada en virtud de un contrato nulo, con el propósito de equilibrar los resultados de la operación en su conjunto. Resulta, pues, aplicable el principio según el cual cuando un acto se ofrece en unidad intencional como causa eficiente del posterior la nulidad del primero debe trascender a él (STS de 10 de noviembre de 1964), puesto que la causa se manifiesta en la intencionalidad conjunta de ambos contratos. Y desaparecida la causa del primer contrato en virtud de la nulidad declarada, desaparecen los presupuestos sobre los que se funda la causa del contrato vinculado a él por efecto de aquella declaración de nulidad.

16.- A esta misma conclusión se llega por aplicación de lo establecido en el artículo 1.208 del Código Civil, al señalar que "la novación es nula si lo fuera también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen". De tal manera que la relación que extingue, y la que nace por efecto de la novación extintiva están ligadas por una relación de causa a efecto.

17.- Finalmente y en cuanto a los efectos de la nulidad del contrato de adquisición de obligaciones subordinadas, vienen determinados "ope legis" por el art. 1303 CC, que implica la devolución de prestaciones, de forma que el Banco tiene que devolver el capital con sus frutos, entendiendo por frutos, los intereses legales desde la entrega del dinero y el cliente los rendimientos que le hayan dado por el producto con sus correspondientes intereses, así como el resultado del canje voluntario acordado posteriormente y que se ve afectado por la declaración de nulidad del contrato inicial.

SEXTO.- Criterio impositivo de las costas procesales.

18.- Costas de Primera Instancia. Teniendo en cuenta la existencia de resoluciones contradictorias dictadas por las Audiencias Provinciales respecto a la valoración del canje voluntario y renuncia de acciones, se estima la concurrencia de dudas jurídicas en la

cuestión controvertida que obligan a no hacer expresa imposición de las Costas de la Instancia.

19.- No se hace expresa imposición de las Costas del Recurso de Apelación que ha sido estimado, art. 394 y 398 de la LEC.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso,

PARTE DISPOSITIVA

ESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por la representación procesal de **DXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de primera instancia N^o. 4 de Ponferrada, de fecha 25 de enero de 2016, en los autos de Juicio Ordinario n^o. 514/15, y **REVOCAMOS** la resolución de Primera Instancia.

En su lugar, **ESTIMAMOS** la demanda formulada y en consecuencia **DECLARAMOS LA NULIDAD** por vicio de consentimiento de la Orden de suscripción de Obligaciones Subordinadas Caja España 10-FEB, n^o de títulos 30, de fecha 26-01-2010, así como de los productos financieros posteriores que traen causa del contrato inicial. Y **CONDENAMOS** a la recíproca restitución de prestaciones, en los términos señalados en el fundamento jurídico quinto de esta resolución. Todo ello, sin hacer expresa imposición de las costas de Primera Instancia y sin imponer las Costas del recurso.

Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese a las partes personadas y remítase al SCOP para que continúe la tramitación.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe interponer recurso de casación ante este tribunal, únicamente por la vía del interés casacional, y, en su caso y en el mismo escrito, recurso extraordinario por infracción procesal, a presentar en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación.

Así por esta resolución, de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.