



Roj: **STS 3556/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3556**

Id Cendoj: **28079110012020100541**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/10/2020**

Nº de Recurso: **979/2018**

Nº de Resolución: **557/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SS 987/2017,**  
**STS 3556/2020**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 557/2020**

Fecha de sentencia: 26/10/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 979/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/10/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 979/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 557/2020**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz



D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 26 de octubre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 29 de diciembre de 2017, dictada en recurso de apelación 2244/2017, de la Sección 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, dimanante de autos de juicio ordinario 252/2016, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Bergara; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por Dña. Belinda, representada en las instancias por la procuradora Dña. Nerea Ariño Delgado, bajo la dirección letrada de D. Pedro Luis Elvira Gómez de Liaño, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la procuradora Dña. Mercedes Revillo Sánchez en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la entidad Caja Laboral Popular S. Coop. de Crédito, representada por el procurador D. Antonio Rafael Rodríguez Muñoz, bajo la dirección letrada de D. Pedro Learreta Olarra.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-1.-** Dña. Belinda, representada por la procuradora Dña. Nerea Ariño Delgado y dirigida por el letrado D. Pedro Luis Elvira Gómez de Liaño, interpuso demanda de juicio ordinario contra Laboral Kutxa/Caja Laboral y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"Por la que se declare:

"1.- La nulidad y falta de validez y eficacia del negocio jurídico por dolo.

"2.- Subsidiaria y alternativamente, la nulidad y falta de validez y eficacia por error.

"3.- Alternativa y subsidiariamente, la resolución del contrato referido a la compra por canje, depósito y administración de las 1200 AFS de Fagor 2004 de mi mandante, con obligación de indemnizar los daños y perjuicios.

"Y a tenor de cualquiera de las declaraciones que anteceden, y en el orden expuesto, se condene y obligue a la demandada:

"1.º- A estar y pasar por tales declaraciones.

"2.º- Caso de estimar cualquiera de las peticiones declarativas, a devolver a mi representada la cantidad desembolsada en el canje para la suscripción de AFS de Fagor de 2004, por importe de 30.000.-€ en concepto de principal.

"3.º- A recibir mi mandante las 1200 AFS de Fagor, modificando las anotaciones en cuenta de Iberclear u otros.

"4.º- Caso de estimación de los dos primeros pedimentos declarativos del suplico, a la recíproca restitución de prestaciones, reintegrando a mi mandante el interés legal sobre el principal desde el 6 de febrero de 2004, hasta la sentencia, y demás conceptos a que alude el hecho octavo de la demanda.

"5.º- Caso de estimar el tercer pedimento, a indemnizar daños y perjuicios causados a mi mandante, mediante la recíproca restitución de prestaciones a que aluden los ordinales 2.º, 3.º y 4.º que anteceden.

"6.º- Todo ello con devengo y pago desde sentencia, sobre la cantidad que resultara del interés del artículo 576 LEC.

"7.º- Con expresa imposición de costas a la parte demandada".

**2.-** Admitida a trámite la demanda, se personó en calidad de demandada la entidad Caja Laboral Popular S. Coop. de Crédito (Caja Laboral), actuando en su representación procesal la procuradora Dña. Josefa Llorente López y bajo la dirección letrada de D. Pedro Learreta Olarra; contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

"Por la que desestime íntegramente la demanda interpuesta a instancia de Dña. Belinda, absolviendo a mi mandante de todos los pedimentos contenidos en la misma, todo ello con expresa imposición a la demandante de las costas procesales causadas".

**3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Bergara se dictó sentencia, con fecha 18 de abril de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:



"Fallo. Estimo íntegramente la demanda y declaro la nulidad de la contratación correspondientes a aportaciones financieras subordinadas Fagor emisión de 2004, y condeno a la demandada a que abone a la actora las cantidades recibidas como consecuencia de dicho contrato, más el interés legal del dinero desde la fecha de suscripción del mismo, cantidad de la que deberá detrarse lo abonando a la actora en concepto de intereses más el interés legal correspondiente desde la fecha del pago de los mismos, debiendo entregar la actora los títulos si los tuviere en su poder.

"Y todo ello con expresa imposición de costas a la demandada".

Y en fecha 8 de mayo de 2017, se dictó auto de aclaración en cuya parte dispositiva se acuerda:

"Se completa sentencia de 18 de abril de 2017 en los términos siguientes: "Estimo íntegramente la demanda y declaro la nulidad de la contratación correspondientes a aportaciones financieras subordinadas Fagor emisión de 2004, y condeno a la demandada a que abone a la actora las cantidades recibidas como consecuencia de dicho contrato y que ascienden a 30.000 euros, más el interés legal del dinero desde la fecha de suscripción del mismo (28 de enero de 2004), cantidad de la que deberá detrarse lo abonando a la actora en concepto de intereses más el interés legal correspondiente desde la fecha del pago de los mismos, debiendo entregar la actora los títulos si los tuviere en su poder".

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, Caja Laboral Popular, la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa dictó sentencia, con fecha 29 de diciembre de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la entidad Caja Laboral Popular, Sociedad Cooperativa de Crédito contra la sentencia de fecha 18 de abril de 2017, dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Bergara, debemos revocar y revocamos parcialmente la mencionada resolución, en el sentido de señalar que procede desestimar en su totalidad la demanda formulada por Dña. Belinda, así como todos los pedimentos en la misma contenidos, y en el sentido de señalar que no procede efectuar pronunciamiento alguno en cuanto a las costas devengadas en el curso de la primera instancia y con motivo de la tramitación del procedimiento, de tal manera que cada parte abonará las por ella ocasionadas y las comunes por mitad, y, todo ello, sin verificar consideración alguna en cuanto al importe de las costas devengadas en el curso de la presente instancia, las cuales serán igualmente abonadas por cada parte las por ella ocasionadas y las comunes por mitad".

**TERCERO.- 1.-** Por Dña. Belinda se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Por el cauce procesal establecido en el art. 477.2.3.º LEC en relación con el art. 477.3 del mismo cuerpo legal, habida cuenta que la resolución del recurso presenta interés casacional por existir jurisprudencia contradictoria de la propia Ilma. Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 3.ª) y Álava, en relación con la caducidad en casos de cooperativistas que acudieron a asambleas generales extraordinarias de aprobación de emisiones de AFS (de Fagor), se pretende a través de este motivo que se case la sentencia recurrida y se declare que no existe caducidad de la acción de anulabilidad del error, por considerar que la asistencia a las asambleas extraordinarias en las que se aprobaron emisiones de AFS (de Fagor) por parte de un cooperativista de la emisora no constituye un evento que le permitiera comprender las características y riesgos del producto complejo sin mediar información de la colocadora, por lo que no comienza a correr el plazo de caducidad de 4 años (art. 1301 CC). La sentencia recurrida, al estimar el recurso de apelación y apreciar la excepción de caducidad, infringe el art. 1301 CC y la interpretación del mismo en STS, Sala 1.ª en pleno, de 12 de enero de 2015, sobre el inicio del *dies a quo* para el cómputo del plazo de caducidad, y la jurisprudencia de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa y la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Álava sobre inexistencia de caducidad aunque un cooperativista hubiera acudido a la asamblea que aprueba la emisión de AFS.

Motivo segundo.- Por el cauce procesal establecido en el art. 477.2.3.º LEC en relación con el art. 477.3 del mismo cuerpo legal, dado que la resolución del recurso presenta interés casacional por existir jurisprudencia contradictoria de la Audiencia Provincial de Álava y el Tribunal Supremo, en relación con el carácter inexcusable del error pese a efectuar la suscripción por canje, lo que no exime a la comercializadora de la obligación de informar al minorista, se pretende a través de este motivo que se case la sentencia recurrida por infracción del art. 1266 CC, sobre el carácter excusable del error. El haber suscrito las AFS por canje de aportaciones voluntarias no permite considerar el error como inexcusable, ni exime a la comercializadora de cumplir su deber de información sobre las características, naturaleza y riesgos del canjeado. La sentencia recurrida infringe el art. 1266 CC y la interpretación del mismo en STSS, Sala 1.ª, de 30 de septiembre de 2016, rec. 2614/2014, y de 6 de octubre de 2016, rec. 2747/2014, y la jurisprudencia de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Álava sobre los requisitos para que el error resulte invalidante, en concreto su carácter excusable, dando por reproducidas las mismas sentencias invocadas en el motivo anterior.



Motivo tercero.- Por el cauce procesal establecido en el art. 477.2.3.º LEC en relación con el art. 477.3 del mismo cuerpo legal, dado que la resolución del recurso presenta interés casacional por infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la información exigible para permitir al cliente salir del error, se pretende en este motivo que se case la sentencia recurrida considerando que la mera lectura de la orden de valores o su anexo de canje, y/o la mera puesta a disposición del tríptico, no constituyen cumplimiento de la obligación de la entidad financiera de informar con diligencia y transparencia, ni eximen a Caja Laboral de la misma, por tanto se presume existencia del error del consentimiento y su carácter inexcusable, conforme a la normativa que se invoca. La sentencia recurrida, al apreciar caducidad y estimar cumplidas la obligación de información por la mera lectura del contrato y puesta a disposición del folleto, ha infringido el art. 79 de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores, de 24 de julio, sobre las obligaciones de diligencia, transparencia e información adecuada de las entidades financieras, según su redacción vigente en 2004, y desde 2007 hasta la fecha, así como la jurisprudencia que lo interpreta y fija las consecuencias de su incumplimiento en cuanto al error, e infringe la jurisprudencia del Tribunal Supremo, STSS, Sala 1.ª, 269/2017, de 4 de mayo, rec. 114/2015; 400/2017, de 27 de junio, rec. 1911/2014; y 24/2016, de 3 de febrero, rec. 1990/2015. Esta última introduce el matiz de las consecuencias de la inexactitud de la información del folleto sobre el derecho de información y el error excusable.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 3 de junio de 2020, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador D. Antonio Rafael Rodríguez Muñoz, en nombre y representación de Caja Laboral Popular S. Coop. de Crédito (Caja Laboral), presentó escrito de oposición al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 20 de octubre de 2020, en que tuvo lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Antecedentes.*

El presente recurso de casación se interpone contra una sentencia recaída en juicio ordinario en el que la parte demandante, Dña. Belinda, auxiliar administrativa, interpone demanda frente a Caja Laboral Popular Sociedad Cooperativa de Crédito en ejercicio de acción de una acción de nulidad de la orden de valores de 28 de enero de 2004, para la compra de AFS de Fagor, solicitando el reintegro de 30.000.-€ en concepto de principal, y demás restitución de prestaciones recíprocas ex artículo 1303 CC, incluyendo la devolución de los títulos a la entidad financiera. Con carácter subsidiario se ejerció una acción resolutoria por incumplimiento, con indemnización de daños y perjuicios cuantificados en 30.000.-€ de principal, y demás pedimentos.

Alega la parte demandante haber adquirido dicho producto financiero por recomendación de los empleados de la Caja en los que confiaba, en la creencia de que estaba contratando un producto financiero sin riesgo alguno, habiéndose visto sorprendido con el hecho de que dicha cantidad podría ser en todo o en parte irrecuperable, reconociendo también que su finalidad era, al igual que con otros productos que contrataba obtener la máxima rentabilidad de sus ahorros.

La demandada niega los hechos expuestos en la demanda, alegando que Laboral Kutxa cumplió con todas las obligaciones de información legalmente establecidas, entregando a la parte actora toda la documentación informativa requerida por la normativa vigente y en ningún caso asumió labores de asesoramiento financiero ni de gestión discrecional de cartera, que exigen un mayor compromiso en el análisis de la conveniencia del producto para el perfil de los actores. La parte actora era perfectamente consciente de los riesgos del producto y lo contrató motivada por la elevada rentabilidad que ofrecía. Alega la caducidad de la acción de nulidad indicando que la Sra. Belinda, en su condición de socia cooperativista de Fagor, se halló en las circunstancias idóneas para poder descubrir el error supuestamente padecido, tanto en fechas inmediatamente posteriores a la suscripción del producto, al haber podido acceder a toda la información relativa a la aprobación de la emisión en la asamblea del año 2.004, como en estas fechas posteriores, y, en concreto, con ocasión de la nueva emisión del año 2.006, pues en aquellos momentos pudo tomar cabal conocimiento -si es que no lo tenía con anterioridad- de las características y los riesgos de las AFS. Igualmente indica que la Sra. Belinda no padeció error alguno acerca de las características de las AFS y, en caso de haberlo padecido, el mismo sería claramente inexcusable, a lo que añade tanto que ella no fue sino mera intermediaria en la operación, por lo que no puede ser condenada a restituir (efecto legal anudado a la nulidad que ha sido estimada) unas cantidades que jamás recibió, ya que no recibió el capital invertido por el actor y no sólo no lo recibió porque participaba



como mera intermediaria, sino que ni siquiera lo recibió Fagor, ya que la hoy actora canjeó las aportaciones voluntarias que tenía por estas AFS, que la valoración de la prueba es errónea y que, en todo caso, la sentencia vulnera las reglas de la carga de la prueba, al hacer pesar las consecuencias de la insuficiencia de la prueba para el esclarecimiento de los hechos ocurridos hace más de doce años.

La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda, declarando la nulidad de la contratación correspondiente a aportaciones financieras subordinadas FAGOR emisión de 2004, condenando a la parte demandada a que abone a la actora las cantidades recibidas como consecuencia de dicho contrato, más el interés legal del dinero desde la fecha de suscripción del mismo, cantidad de la que deberá detrarse lo abonado a la actora en concepto de intereses más el interés legal correspondiente desde la fecha del pago de los mismos, debiendo entregar la actora los títulos si los tuviere en su poder. Dicha resolución rechaza la caducidad de la acción así como la falta de legitimación pasiva de la entidad bancaria demandada. A continuación, en su fundamento de derecho cuarto concluye que no se obró con la diligencia debida, no facilitando la información necesaria y suficiente para que pudiera decidir sobre la conveniencia o no de la suscripción de la emisión, pues como ha quedado puesto de manifiesto su única intención era obtener la mayor rentabilidad posible de sus ahorros pero sin arriesgar en modo alguno el capital invertido, lo que evidencia que, si no hubiera sido por la información errónea que a tal efecto se les facilitó en la sucursal, no hubieran efectuado la suscripción de dichas obligaciones subordinadas. Añade que se entiende suficientemente acreditado que el consentimiento del actor a los sucesivos contratos de participaciones que celebró con Caja Laboral estaba afectado de un error esencial acerca de la verdadera naturaleza (producto de riesgo) de los instrumentos financieros que contrataba, toda vez que no fue informada con detalle de este extremo por la entidad demandada.

Dicha resolución fue objeto de recurso de apelación por la parte demandada, Caja Laboral Popular Sociedad Cooperativa de Crédito, recurso que fue resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Segunda, de fecha 29 de diciembre de 2017, la cual estimó el recurso de apelación interpuesto, revocando la sentencia de primera instancia en el sentido de desestimar la demanda.

La sentencia de la Audiencia Provincial, en su fundamento de derecho cuarto, considera que la acción de anulabilidad por error en el consentimiento estaba caducada al momento de interponerse la demanda. A tal fin indica lo siguiente:

"[...]Por todo lo expuesto en este y en los anteriores fundamentos de derecho, y estando D.<sup>a</sup> Belinda en condiciones de conocer la naturaleza y características del producto adquirido, dada su condición de socia cooperativista de la mercantil emisora del mismo, no puede compartirse la conclusión de la sentencia de instancia, en base a las consideraciones que expone, de que "la acción no está caducada ya que el plazo de caducidad se computa desde la consumación del contrato en relación con las órdenes de compra de AFS mediante la realización del valor o el traslado del depósito y administración a otra entidad", y tampoco puede aceptarse, tal y como la mencionada demandante sostiene en su escrito de demanda, que tuvo conocimiento de la verdadera naturaleza del producto adquirido en el año 2.013, tras conocer, a través de los medios de comunicación, el problema suscitado y la declaración de concurso que se verificó en relación a la entidad Fagor, o en el año 2.012, como apunto en la declaración que prestó en el acto del juicio, tras recibir los extractos bancarios y constatar la cuantía que se reflejaba en ellos como valor de este producto, que era inferior al inicial.

"Por el contrario, debe concluirse que D.<sup>a</sup> Belinda pudo tener cabal y completo conocimiento de la naturaleza y características del producto adquirido con anterioridad a su adquisición, en concreto en el año 2.003, tras acudir, representada, a la asamblea celebrada en esa fecha, y lo tuvo, en todo caso y sin duda alguna, desde el año 2006, tras acudir personalmente a la Asamblea (sic) General Extraordinaria celebrada en ese año, tal y como sostiene la parte apelante, por lo que la acción ejercitada se encontraba caducada en el momento de interposición de la demanda, interposición que se verificó en fecha 5 de Julio de 2.016, al haber transcurrido más de 12 años desde la adquisición de las referidas aportaciones financieras subordinadas de Fagor. [...]".

Tras ello se rechaza la petición de nulidad radical del contrato por dolo al no considerar probada la concurrencia del mismo y la resolución del contrato por incumplimiento de la entidad bancaria, indicando a tal fin que no se ha acreditado que por parte de la entidad financiera comercializadora de las aportaciones financieras subordinadas Fagor se haya realizado una ocultación deliberada a Dña. Belinda de la naturaleza y características del producto adquirido por ésta, sin que tampoco quepa entender que el supuesto incumplimiento del deber de información haya privado a la citada demandante de lo que legítimamente podía esperar del contrato, pues la información que se dice omitida es la que ésta conocía o debía haber conocido en su condición de socia de la mercantil emisora del producto y obligada a participar en la asamblea que acordó su emisión. Por último rechaza la petición de indemnización de daños y perjuicios indicando que en el caso de autos, no cabe hablar de la existencia de un nexo causal entre el supuesto incumplimiento del deber de información de la entidad financiera y los daños que la actora dice haber sufrido, pues la información que se



dice omitida es la que ésta conocía o debía haber conocido en su condición de socia de la mercantil emisora del producto y obligada a participar en la asamblea que acordó su emisión.

Contra dicha resolución se interpone por la parte demandante, Dña. Belinda , recurso de casación.

El recurso de casación se articula en tres motivos.

En el motivo primero, tras citar como precepto legal infringido el artículo 1301 del Código Civil, se alega la existencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales sobre la caducidad para el ejercicio de la acción de nulidad por error en la suscripción de AFS de Fagor cuando se trata de suscriptores cooperativistas. Argumenta a tales efectos que no existe caducidad de la acción de anulabilidad del error, en tanto que la asistencia a las asambleas extraordinarias en las que se aprobaron emisiones de AFS (de Fagor) por parte de un cooperativista de la emisora no constituye un evento que le permitiera comprender las características y riesgos del producto complejo sin mediar información de la colocadora, por lo que no comienza a correr el plazo de caducidad de cuatro años.

En el motivo segundo, tras citar como precepto legal infringido el artículo 1266 del Código Civil, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. A tal fin cita las sentencias de esta Sala 584/2016, de 30 septiembre, rec. 2614/14 y 605/2016, de 6 de octubre, rec. 2747/2014. Argumenta la parte recurrente que el haber suscrito las AFS por canje de aportaciones voluntarias no permite considerar el error como inexcusable, ni exige a la comercializadora de cumplir su deber de información sobre las características, naturaleza y riesgos del canjeado. La sentencia no puede considerar el error inexcusable porque la suscripción se realizase mediante el canje de aportaciones voluntarias, ni puede inferir del canje que el cliente minorista conociera la naturaleza y riesgos de las AFS, equiparando las AFS y aportaciones voluntarias. Tampoco puede eximir a la entidad de sus obligaciones de información por haber mediado canje.

Por último, en el motivo tercero, tras citar como precepto legal infringido el artículo 79 de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores de 24 de julio, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a cuyo fin cita como opuestas a la recurrida las sentencias de esta Sala 269/2017, de 4 de mayo, rec. 114/15, 400/2017, 27 de junio, rec. 1911/2014 y 24/2016, de 3 de febrero, rec. 1990/2015. Alega que ninguno de los datos que recogen la orden y el anexo de canje, que transcribe la sentencia, hubiera permitido al minorista salir de su error, ni comprender que era un producto complejo y de riesgo, según lo describe la jurisprudencia, de duración perpetua y con una rentabilidad variable no garantizada dependiendo de su liquidez y de su negociación en mercados secundarios. Un déficit de información, si bien no impide que el cliente pueda conocer la naturaleza y riesgos del producto, sí permite establecer la presunción de la falta de conocimiento en el cliente suficiente sobre el producto y sus riesgos asociados, lo que vicia el consentimiento. Ni siquiera la puesta a disposición del tríptico, ni acaso su lectura, habría permitido salir del error, dado que recogía información engañosa al menos sobre dos cuestiones esenciales: que en realidad con cotizaba a la par, o por el 100% de su valor nominal, y que era perpetua.

**SEGUNDO.-** Causas de inadmisibilidad.

Deben rechazarse, dado que:

1. No se altera la base fáctica de los hechos probados.
2. Concorre interés casacional, dada la jurisprudencia existente sobre la materia, que posteriormente citaremos.
3. No se citan preceptos genéricos sino los relativos a la nulidad y obligación de información por parte de las entidades financieras.

**TERCERO.-** *Motivo primero. Por el cauce procesal establecido en el art. 477.2.3.º LEC en relación con el art. 477.3 del mismo cuerpo legal , habida cuenta que la resolución del recurso presenta interés casacional por existir jurisprudencia contradictoria de la propia Ilma. Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 3.ª) y Álava, en relación con la caducidad en casos de cooperativistas que acudieron a asambleas generales extraordinarias de aprobación de emisiones de AFS (de Fagor), se pretende a través de este motivo que se case la sentencia recurrida y se declare que no existe caducidad de la acción de anulabilidad del error, por considerar que la asistencia a las asambleas extraordinarias en las que se aprobaron emisiones de AFS (de Fagor) por parte de un cooperativista de la emisora no constituye un evento que le permitiera comprender las características y riesgos del producto complejo sin mediar información de la colocadora, por lo que no comienza a correr el plazo de caducidad de 4 años ( art. 1301 CC ). La sentencia recurrida, al estimar el recurso de apelación y apreciar la excepción de caducidad, infringe el art. 1301 CC y la interpretación del mismo en STS, Sala 1.ª en pleno, de 12 de enero de 2015, sobre el inicio del dies a quo para el cómputo del plazo de caducidad, y la jurisprudencia de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa y la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Álava sobre*



*inexistencia de caducidad aunque un cooperativista hubiera acudido a la asamblea que aprueba la emisión de AFS.*

Se estima el motivo.

En la sentencia recurrida se entiende que la asistencia de la demandante a las asambleas de la Cooperativa, acreditaba que tenía información suficiente desde la compra de los bonos, por lo que la acción habría caducado.

Esta sala en sentencia 103/2020, de 12 de febrero, (también sobre subordinadas de Fagor) declaró:

"La jurisprudencia de esta sala, plasmada básicamente en las sentencias de pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 89/2018, de 19 de febrero, reiteradas por otras muchas posteriores, establece que una interpretación del art. 1301.IV CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero debe impedir que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error.

"Por tal razón, cuando en este tipo de relaciones negociales complejas no esté determinada contractualmente la fecha de consumación o se trate de contratos perpetuos, la consumación del contrato, a los mismos efectos indicados, no puede quedar fijada antes de que el cliente estuviera en disposición de conocer los riesgos patrimoniales de la operación, que en este caso consistían en las dificultades de la efectividad de un mercado de reventa y la práctica imposibilidad de recuperación de la inversión, por la falta de solvencia de la entidad emisora de las aportaciones subordinadas. En tales supuestos, el día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento semejante que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado.

"2.- En aplicación de dicha jurisprudencia, como quiera que el vencimiento del producto financiero complejo objeto de litigio no estaba fijado contractualmente, sino que la vinculación del producto era perpetua, el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error no pudo tener lugar hasta que la AIAF (Asociación de Intermediarios de Activos Financieros, que constituye el mercado español bursátil secundario oficial de negociación para la Deuda Corporativa o valores de renta fija integrado en Bolsas y Mercados Españoles -BME-) suspendió la negociación de las aportaciones subordinadas litigiosas el 30 de octubre de 2013. Y puesto que la demanda se presentó el 21 de junio de 2016, es patente que no habían transcurrido los cuatro años fijados en el art. 1301 CC.

"La Audiencia Provincial, siguiendo el criterio fijado por la sentencia 718/2016, de 1 de diciembre, en un caso similar (aportaciones subordinadas de Eroski), que estableció como *dies a quo* el de suspensión de pago de los cupones (que, en este caso, coincide con la decisión de la AIAF) se adapta a dicha jurisprudencia. Por lo que no infringió el art. 1301 CC.

"3.- Asimismo, que el demandante fuera cooperativista de la entidad emisora no quiere decir que conociera el producto ni sus riesgos, pues no consta que sus funciones se realizaran en el departamento financiero ni que tuviera conocimientos especializados de ese tipo (en un caso idéntico, sentencia 421/2019, de 16 de julio), puesto que era operador de electrodomésticos. Tampoco consta que cuando vendió parte de los títulos fuera informado de los riesgos. Al contrario, como en esa fecha tenían liquidez, lo que cabe presumir es que pensó que no existían los riesgos de iliquidez y pérdida de la inversión que posteriormente se manifestaron".

A la vista de lo expuesto, procede declarar que la acción no se había extinguido cuando se presenta la demanda el 5 de julio de 2016, habida cuenta que la suspensión de la negociación se produjo en 2013 ( arts. 1300 y 1301 del C. Civil).

**CUARTO.-** *Motivo segundo.- Por el cauce procesal establecido en el art. 477.2.3.º LEC en relación con el art. 477.3 del mismo cuerpo legal, dado que la resolución del recurso presenta interés casacional por existir jurisprudencia contradictoria de la Audiencia Provincial de Álava y el Tribunal Supremo, en relación con el carácter inexcusable del error pese a efectuar la suscripción por canje, lo que no exime a la comercializadora de la obligación de informar al minorista, se pretende a través de este motivo que se case la sentencia recurrida por infracción del art. 1266 CC, sobre el carácter excusable del error. El haber suscrito las AFS por canje de aportaciones voluntarias no permite considerar el error como inexcusable, ni exime a la comercializadora de cumplir su deber de información sobre las características, naturaleza y riesgos del canjeado. La sentencia recurrida infringe el art. 1266 CC y la interpretación del mismo en STSS, Sala 1.ª, de 30 de septiembre de 2016, rec. 2614/2014, y de 6 de octubre de 2016, rec. 2747/2014, y la jurisprudencia de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Álava sobre los requisitos para que el error resulte invalidante, en concreto su carácter excusable, dando por reproducidas las mismas*



sentencias invocadas en el motivo anterior. Motivo tercero.- Por el cauce procesal establecido en el art. 477.2.3.º LEC en relación con el art. 477.3 del mismo cuerpo legal, dado que la resolución del recurso presenta interés casacional por infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la información exigible para permitir al cliente salir del error, se pretende en este motivo que se case la sentencia recurrida considerando que la mera lectura de la orden de valores o su anexo de canje, y/o la mera puesta a disposición del tríptico, no constituyen cumplimiento de la obligación de la entidad financiera de informar con diligencia y transparencia, ni eximen a Caja Laboral de la misma, por tanto se presume existencia del error del consentimiento y su carácter inexcusable, conforme a la normativa que se invoca. La sentencia recurrida, al apreciar caducidad y estimar cumplidas la obligación de información por la mera lectura del contrato y puesta a disposición del folleto, ha infringido el art. 79 de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores, de 24 de julio, sobre las obligaciones de diligencia, transparencia e información adecuada de las entidades financieras, según su redacción vigente en 2004, y desde 2007 hasta la fecha, así como la jurisprudencia que lo interpreta y fija las consecuencias de su incumplimiento en cuanto al error, e infringe la jurisprudencia del Tribunal Supremo, STSS, Sala 1.ª, 269/2017, de 4 de mayo, rec. 114/2015 ; 400/2017, de 27 de junio, rec. 1911/2014 ; y 24/2016, de 3 de febrero, rec. 1990/2015. Esta última introduce el matiz de las consecuencias de la inexactitud de la información del folleto sobre el derecho de información y el error excusable.

Se desestiman ambos motivos, analizados conjuntamente.

Son ya múltiples las sentencias de esta sala que conforman una jurisprudencia reiterada y constante y a cuyo contenido nos atenderemos, que consideran que un incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos financieros complejos, puede provocar su nulidad.

Como afirma la sentencia 515/2018, de 20 de septiembre, que, aunque relativa a error vicio se conecta con el deber de información:

"En este caso, no consta que se informara al cliente sobre la naturaleza, características y riesgos del producto; ni puede considerarse que las órdenes de compra fueran suficientes a los efectos de dar cumplimiento a las obligaciones legales de información previstas en el art. 79 bis LMV y en el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión. Tampoco consta que se hiciera un estudio previo del perfil inversor del cliente, o que se considerase si la inversión en obligaciones subordinadas era adecuada a dicho perfil".

"Tampoco puede serlo el hecho de haber adquirido con anterioridad participaciones preferentes pues si a causa de la alarma mediática sobre el riesgo de ellas, acudió a la sucursal bancaria a fin de desprenderse de ellas, lo que finalmente consiguió, a pesar de recibir inicialmente consejos en contra por parte del director, no tiene sentido que este le ofreciese obligaciones subordinadas, producto también complejo y de riesgo, cuando le constaba las reticencias del adquirente a riesgos de inversión (sentencia 210/2019, de 5 de abril)".

En este caso, si partimos de los propios hechos acreditados en la instancia, no puede apreciarse que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que hemos visto que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración de los contratos litigiosos.

Era preceptiva una información precontractual completa y adecuada, con suficiente antelación a la firma de los documentos, y la entidad no se aseguró de que los clientes tuvieran conocimientos financieros, ni de que los productos ofertados fueran adecuados a su perfil inversor. Por lo que no puede compartirse que la información ofrecida fuera suficiente, ni que se adecuara mínimamente a las exigencias legales.

Según dijimos en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 676/2015, de 30 de noviembre, es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.

La entidad recurrente prestó al cliente un servicio de asesoramiento, lo que le obligaba al estricto cumplimiento de los deberes de información ya referidos; cuya omisión no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo, en tanto que la información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros- es





imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

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

**QUINTO.-** *Test de idoneidad.*

La contratante contestó al test:

1. Que deseaba disponer del producto en un plazo de uno a tres años (era una obligación perpetua, sujeta a su venta al mercado).
2. Era pensionista.
3. El resultado del test, era que su perfil era conservador, con baja experiencia inversora.

**SEXTO.-** *Anulabilidad.*

Por lo expuesto, procede declarar que concurrió error vicio en la contratación del producto financiero complejo de Fagor, debido a la incompleta información de la entidad bancaria que lo comercializaba, ofertándole un producto incompatible con su perfil y con su experiencia inversora ( arts. 1300 y 1301 del C. Civil).

Por ello, procede casar la sentencia recurrida y, asumiendo la instancia, se confirma íntegramente la sentencia de 18 de abril de 2017 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Bergara (juicio ordinario 252/2016).

**SÉPTIMO.-** *Costas.*

No procede imposición de costas de la casación ( art. 398 LEC), con devolución del depósito constituido.

Desestimado el recurso de apelación se imponen a la demandada las costas de la segunda instancia ( art. 398 LEC).

**FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

- 1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Dña. Belinda , contra sentencia de fecha 29 de diciembre de 2017 de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa.
- 2.º- Casar la sentencia recurrida y, asumiendo la instancia, se confirma íntegramente la sentencia de 18 de abril de 2017 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Bergara (juicio ordinario 252/2016).
- 3.º- No procede imposición de costas de la casación, con devolución del depósito constituido.
- 4.º- Se imponen a la demandada las costas de la segunda instancia.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.