



Roj: **SAP SS 627/2015 - ECLI:ES:APSS:2015:627**

Id Cendoj: **20069370032015100247**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Donostia-San Sebastián**

Sección: **3**

Fecha: **27/07/2015**

Nº de Recurso: **3334/2014**

Nº de Resolución: **214/2015**

Procedimiento: **Recurso apelación procedimiento ordinario LEC 2000**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN BILDARRAZ ALZURI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA - SECCIÓN TERCERA  
GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA - HIRUGARREN SEKZIOA**

SAN MARTIN 41-2ª planta - C.P./PK: 20007

Tel.: 943-000713

Fax / Faxes: 943-000701

NIG PV / IZO EAE: 20.02.2-13/000668

NIG CGPJ / IZO BJKN :20.018.42.1-2013/0000668

**A.p.ordinario L2 / E\_A.p.ordinario L2 3334/2014**

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : UPAD de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Azpeitia / Azpeitiko Lehen Auzialdiko eta Instrukzioko 2 zk.ko ZULUP

Autos de Procedimiento ordinario LEC 2000 270/2013 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: JOG SERVICIOS GENERALES

Procurador/a/ Prokuradorea:JOSE EIZAGUIRRE AROCENA

Abogado/a / Abokatua: MARIA UGARTE LUCAS

Recurrido/a / Errekurritua: BANCO SANTANDER

Procurador/a / Prokuradorea: JOSE IGNACIO OTERMIN GARMENDIA

Abogado/a/ Abokatua: MANUEL MUÑOZ GARCIA-LIÑAN

**SENTENCIA Nº 214/2015**

ILMOS. SRES.

D. LUIS BLANQUEZ PEREZ

D. IÑIGO SUAREZ DE ODRIOZOLA

Dña. MARIA DEL CARMEN BILDARRAZ ALZURI

En DONOSTIA / SAN SEBASTIAN, a veintisiete de Julio de dos mil quince.

La Audiencia Provincial de Gipuzkoa - Sección Tercera, constituida por los Ilmos. Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento ordinario LEC 2000 270/2013 del UPAD de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Azpeitia, a instancia de JOG SERVICIOS GENERALES apelante - demandante, representado por el Procurador Sr. JOSE EIZAGUIRRE AROCENA y defendido por la Letrada Sra. MARIA UGARTE LUCAS, contra BANCO SANTANDER apelado - demandado, representado por el Procurador Sr. JOSE IGNACIO OTERMIN GARMENDIA y defendido por el Letrado Sr. MANUEL MUÑOZ GARCIA-



LIÑAN; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 18 de Junio de 2014 .

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Azpeitia , se dictó sentencia con fecha 18 de junio de 2014 , que contiene el siguiente FALLO:

"Que desestimando la demanda promovida por JOG SERVICIOS GENERALES S.L frente a BANCO SANTANDER S.A debo absolver y absuelvo a BANCO SANTANDER S.A. de todos los pedimentos formulados de contrario, sin hacer expreso pronunciamiento en costas. "

**SEGUNDO.-** Notificada a las partes la resolución de referencia, se interpuso recurso de apelación contra ella, que fué admitido y previa la formulación por las partes de los oportunos escritos de alegaciones, se elevaron los autos a este Tribunal, dictándose resolución señalando el día 17 de noviembre de 2014 para la deliberación y votación .

**TERCERO.-** En la tramitación de este recurso se han observado los trámites y formalidades legales.

**VISTO.-** Siendo Ponente en esta instancia la lltma. Sra. Magistrada Dña. MARIA DEL CARMEN BILDARRAZ ALZURI.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los hechos probados y razonamientos de la resolución de instancia en lo que se opongán a los que a continuación se exponen y ;

**PRIMERO.-** Las presentes actuaciones traen causa de la demanda interpuesta por la representación procesal de "Jog Servicios Generales S.L." (en adelante JOG) en ejercicio cumulativo de las siguientes acciones:

1º.- con carácter principal, acción declarativa de nulidad de pleno derecho del contrato nº NUM000 al amparo del art. 1259 CC por falta de poder de representación de D. Jose Pedro .

2º.- y subsidiariamente de la anterior, acción declarativa de anulabilidad del referido contrato por error en el consentimiento al amparo de los arts. 1261 , 1266 ss CC en relación a la Lay del Mercado de Valores (con cita del art. 79 bis), el Real Decreto 629/1993 de 3 de Mayo ( arts. 5.3 y 16.2 en redacción vigente a la fecha de suscribirse el contrato cuya anulación se insta ) y art. 48.2 de la Ley 267/1998 de 29 de Julio de Disciplina e Intervencion de la Entidades de Crédito .

En dicha demanda se alegaba como hechos fundamento de dichas pretensiones, en apretada síntesis:

.-la entidad demandante y su máximo propietario y fundador D. Pedro Miguel tienen un perfil tradicional y conservador, sin que hasta la contratación del producto litigioso hubiera invertido en ningún producto financiero de riesgo o complejidad semejante a las AFSF, siempre ha realizado inversiones financieras con un carácter conservador y en búsqueda de los menores riesgos posibles.

.-el contrato litigioso fue suscrito el 13-7-06 por D. Jose Pedro que carecía de poder de representación en la entidad demandante, no estando vinculado a la misma ni mediante un contrato de contrato ni tenía apoderamiento alguno, limitándose a ayudar a su padre en la llevanza de la empresa y a aprender de él, en tanto cursaba sus estudios universitarios que no terminó hasta el año 2009.

.-la oferta de las AFSF partió de la iniciativa de la entidad demandada, describiendo el producto como un depósito a plazo fijo altamente rentable, cuya inversión inicial quedaba garantizada en un 100 % por el Banco Santander, sin riesgo ninguno y de la que el cliente podría disponer en cualquier momento una vez transcurridos los cinco primeros años desde su suscripción.

Se obvió cualquier mención a la perpetuidad que llevan aparejada este tipo de productos y que ha supuesto para la demandante un apalancamiento de cerca de 300.000 euros.

Todas las explicaciones fueron verbales, sin que se acompañara de ningún tipo de documentación informativa adicional del producto ni de sus posibles y altísimos riesgos, ni en el momento del ofrecimiento ni en el momento de la firma. Que lo firmado fue una orden de suscripción de AFSF del que no le fue entregado siquiera copia hasta Octubre de 2012 a instancia de la actora una vez que habiéndose cumplido el plazo inicial de los cinco años comenzó a considerar la opción de rescatar el capital invertido, dándose cuenta en ese momento



que no disponía de la documentación relativa a la operación suscrita, aprovechando la demandada en este momento para adjuntar el tríptico y folleto informativo relativo a la emisión de las aportaciones financieras suscritas. Documentos éstos que no se encuentran firmados lo que prueba que no se entregaron al suscribir la operación y que el Sr. Jose Pedro no tenía conocimiento de existencia en dicho momento.

En todo caso, su entrega con carácter previo a la firma no habría excluido el deber de información que incumbe a la demandada y no permite al suscriptor conocer los verdaderos riesgos que entraña el producto.

.-la actora manifestó la voluntad de recuperar el capital invertido y fue entonces cuando la demandada le informo de la imposibilidad de recuperar el dinero dado el carácter perpetuo de las aportaciones suscritas.

La representación procesal de "Banco Santander S.A." formula contestación oponiéndose a la demanda, solicitando el dictado de Sentencia por la que desestimando íntegramente la demanda, absuelva a mi representada de las pretensiones contenidas en la demanda, con expresa imposición de las costas a la parte demandante.

Dicha oposición se basa, en apretada síntesis:

.-el perfil de inversión de los propietarios de JOG es el de inversores asiduos en los mercados, habiendo suscrito con anterioridad al producto litigioso, hasta 10 fondos de inversión, algunos en renta variable y por tanto productos de riesgo medio-alto, así fondos de inversión "Santander Dividendo Europa", "Santander Garantía Activa Moderado" y "Santander Equilibrio Activo".

El importante entramado de sociedades patrimoniales de D. Pedro Miguel Y sus hijos D. Epifanio y D. Jose Pedro , junto con los perfiles profesionales de estos dos últimos, licenciados superiores y con cargos operativos de relevancia, determina que nos encontramos ante empresarios de dilatada experiencia, sobradamente acostumbrados a la contratación mercantil y a las relaciones con entidades financieras y que conoce las formas de gestionar el negocio.

.- en julio de 2006, el administrador único de la entidad actora, D. Pedro Miguel , y sus hijos D. Epifanio y D. Jose Pedro , trasladaron a los empleados de la demandada que disponían de una determinada cantidad de dinero que querían invertir en un producto que les otorgara una rentabilidad, y los empleados de la demandada ofrecieron una cartera diversificada de productos de renta fija, entre los que se encontraban las aportaciones financieras subordinadas de Fagor, y, por ejemplo, depósitos a plazo fijos, y los dueños de la actor eligieron este producto a la vista fundamentalmente de su alta rentabilidad, un primer cupon anual del 6,877 % y Euribor + 3,5 % partir de entonces, frente a rentabilidades de un 2 % y un 3 % de los depósitos a plazo.

.-antes de la suscripción de las aportaciones financieras subordinadas de Fagor se mantuvieron varias reuniones presenciales en la que los empleados de la demandada explicaron a los propietarios de JOG las características, funcionamiento y riesgos del producto litigiosos, y en las que se puso a disposición de los clientes el resumen del folleto de emisión, en el que constar las principales características de la misma, incluyendo un análisis pormenorizado de los riesgos asociados.

La actora firmo además de la orden de compra, un anexo donde se identifica con claridad el producto y los riesgos de posibilidad de amortización anticipada por parte del emisor, pérdida de capital invertido y riesgo de liquidez.

.-la decisión de la inversión fue tomada por D. Pedro Miguel y sus hijos y no únicamente por D. Jose Pedro , y si la orden de suscripción fue suscrito por éste y carecía en aquel momento de poder especial para la contratación, la entidad actora ha procedido a ratificar tácitamente lo suscrito por D. Jose Pedro , al hacer suyo los intereses del producto y no interponer ninguna reclamación tras la firma ( art. 1727 CC ). Se invoca asimismo la aplicabilidad de la doctrina del factor notorio al haber sido nombrado el 5-9-2006 como administrador único de JOG la sociedad patrimonial de D. Jose Pedro "GRI Desarrollo de Servicios S.L.", lo que muestra que la administración de hecho de la sociedad ya la ejercía D. Jose Pedro .

En la fundamentación jurídica se esgrimen las excepciones de falta de legitimación pasiva de la entidad demandada al limitarse la demandada a intermediar en la compra de las aportaciones financieras subordinadas emitidas por Fagor, recibiendo y ejecutando la orden de compra de los clientes, caducidad de la acción de nulidad relativa debiendo computarse el "diez a quo" en el momento en el que se ejecuta el mandato de compra del producto al agotarse en ese momento sus efectos al ser un contrato de tracto único, en este caso, en julio de 2006, datando la demanda de junio de 2013.

La Sentencia de instancia desestima la demanda.

Y frente a la misma se alza la representación procesal de "Jog Servicios Generales S.L." solicitando el dictado de una Sentencia íntegramente estimatoria del presente recurso, por la que se revoque la sentencia recurrida



y en consecuencia se estime íntegramente la demanda principal, con expresa imposición de las costas a la contraparte.

Se esgrimen como motivos de apelación:

1º.- errónea e ilógica valoración de la prueba en cuanto a la falta de representación de D. Jose Pedro para la suscripción del producto litigioso, habiendo quedado acreditado que:

.- la demandada conocía que el administrador único de la empresa demandante era D. Pedro Miguel y que su hijo Jose Pedro no había terminado aún sus estudios universitarios. Testifical de D. Rafael , director de la sucursal de "Banco Santander S.A." en Azpeitia, que fue corroborado por D. Jose Pedro en su interrogatorio.

.- D. Jose Pedro nunca antes había contratado ni formado documento alguno con Banco Santander en representación de JOG. Declaración de D. Jose Pedro y corroborado por D. Pedro Miguel , sin que conste en autos ni un solo documento o contrato que pudiera haber firmado D. Jose Pedro en supuesta representación de JOG con anterioridad al contrato litigioso.

.-el administrador único de JOG en el momento de la firma, D. Pedro Miguel , no conoció hasta transcurridos varios meses que su hijo había firmado el contrato impugnado. Lo demuestra la sorpresa en juicio del Sr. Pedro Miguel al conocer que la orden de compra se realizó por importe de 750.000 euros de los que finalmente se concedieron solamente 299.350 euros.

2º.-indebida apreciación de la excepción de caducidad de la acción, no pudiendo entenderse que la consumación del contrato se haya producido en la fecha de la firma de la orden de suscripción.

3º.- errónea e ilógica valoración de la prueba al concluir la no concurrencia del error vicio del consentimiento resultando sus conclusiones contradichas por la realidad de los hechos probados sobre los conocimientos financieros de D. Jose Pedro , sobre el perfil inversor de JOG y sobre el cumplimiento por la demandada del deber de información por parte de Banco Santander.

La representación procesal de "Banco Santander S.A." formula oposición al recurso en tiempo y forma, manteniendo la absoluta corrección de la resolución recurrida, no existiendo error en la valoración de la prueba ni en juicio valorativo de los hechos al respecto de ninguna de los extremos sobre el que versa el recurso de apelación, habiendo analizado la Sentencia de instancia de forma absolutamente lógica y racional la prueba obrante en autos y llevado a cabo un razonamiento motivado y ajustado a derecho, exponiendo en el desarrollo argumental del escrito de oposición las razones por las que así lo entiende, y que en aras a la brevedad, damos por reproducidas, y que lo pretendido de contrario es sustituir el imparcial criterio del Juez "a quo" por su versión interesada de los hechos. E interesa el dictado de una Sentencia por la que confirme la Sentencia de primera instancia, con expresa imposición de costas a la parte apelante causadas en ambas instancias.

**SEGUNDO.-** Para un mejor entendimiento de las cuestiones sometidas a debate, partimos de los siguientes hechos que consideramos indiscutidos y/ó probados, sin perjuicio de los que más se señalan:

1º) La entidad "JOG Servicios Generales S.L." (folios 83 a 111) es un sociedad que tiene por objeto social la participación en el capital de otras sociedades e entidades; administración y gestión de acciones, participaciones o cuotas, datando la fecha de sus operaciones del 1-8-05.

Sus socios fundadores son "Jespar Gestión S.L.", "GRI Desarrollo Servicios S.L." y "ORI Servicios de Gestión S.L."

Su administrador único hasta el 15-9-06 lo fue D. Pedro Miguel y desde esta fecha lo es la entidad "GRI Desarrollo Servicios S.L." que nombra como persona física representante a D. Jose Pedro (folios 105 a 108).

2º) Son socios fundadores de JOG:

.-"Jespar Gestión S.L." una sociedad cuyo objeto social es la participación en el capital de otras sociedades o entidades, administración y gestión de acciones, participaciones o cuotas, compraventa y arrendamiento (no financiero) de bienes inmuebles, datando la fecha de inicio de sus operaciones del 1-8-05, siendo su único socio D. Pedro Miguel y administrador único desde el 15-9-06 "GRI Desarrollo Servicios S.L." (folios 252 a 254).

.- "GRI Desarrollo Servicios S.L." sociedad unipersonal siendo su único socio y administrador único desde la fecha de inicio de sus operaciones el 1-8-2005 D. Jose Pedro , y tiene el mismo objeto que la anterior (folios 246 a 248).

D. Jose Pedro es licenciado en Administración y Dirección de Empresas por la Universidad de Navarra en el año 2008 (folio 244).

.- "ORI Servicios de Gestión S.L." sociedad unipersonal siendo su único socio D. Epifanio y administrador único desde la fecha de inicio de sus operaciones el 1-8-2005 "GRI Desarrollo Servicios S.L.", con el mismo objeto social que las anteriores (folios 249 a 251).

D. Epifanio es licenciado en Ingeniería por la Universidad de Navarra en el año 1998 (folio 238).

3º) "JOG Servicios Generales S.L." es a su vez socia única de las siguientes mercantiles:

.- "Industrias Metálicas Oñaz S.A."

.- "Calderería Eder S.L."

.- "Oñaz Ibérica S.L."

.- "Menasol 2004 S.L."

"Industrias Metálicas Oñaz S.A." (folios 255 a 257) es una sociedad que tiene por objeto social la compraventa, fabricación, montaje y comercialización de trabajos de calderería, siendo la fecha de inicio de sus operaciones de 17-12-1993.

Desde el 1-8-05 es una sociedad unipersonal siendo su único socio "JOG Servicios Generales S.L." y administrador único "GRI Desarrollo Servicios S.L." desde el 28-10-08.

D. Pedro Miguel ocupa en dicha mercantil el cargo de Gerente ó Director General desde el 2-5-1990.

D. Jose Pedro ocupa los cargos de Director Financiero y de Director de Recursos Humanos.

Y D. Epifanio los cargos de Director Comercial, Director de Exportación e Importación.

"Calderería Eder S.L." es una sociedad unipersonal siendo su único socio desde el 25-9-06 "JOG Servicios Generales S.L." y administrador único "GRI Desarrollo Servicios S.L." desde el 28-10-08, y tiene por objeto social la compraventa, fabricación, montaje y comercialización de trabajos de calderería, manufactura y construcción de artículos, maquinaria, etc (folios 264 a 266).

"Oñaz Ibérica S.L." es una sociedad cuyo objeto social es la compraventa, fabricación, montaje y comercialización de toda clase de trabajos de calderería, la manufactura y construcción de cualquier caso de artículos, elementos, instalación, maquinaria y accesorios, mecanización, montaje y tratado de cualquier especialidad, datando la fecha de inicio de sus operaciones del 18-1-06, siendo su administrador único desde el 28-10-08 "GRI Desarrollo Servicios S.L." (folios 261 a 263).

"Menasol 2004 S.L." es una sociedad cuyo objeto social es la construcción total o parcial, reparación y conservación de toda clase de edificios urbanos, pabellones industriales, urbanizaciones, así como las operaciones con ello relacionadas, la compraventa de terrenos y toda clase de inmuebles, etc, datando la fecha de inicio de sus operaciones del 23-6-05, siendo su administrador único desde el 15-9-06 "GRI Desarrollo Servicios S.L." (folios 258 a 260).

4º) La entidad demandante "JOG Servicios Generales S.L." ha contratado con la entidad "Banco Santander S.A.", cuando menos, los siguientes productos de inversión (273 a 283):

.-el 22-2-06 Santander Corto Euro 2 FI, 729.000 euros, reembolsado el 21-3-06 por 721.096,09 euros.

.- el 22-3-06 Santander Renta Fija Clase B por 60.000 euros, siendo reembolsado el 8-3-07 por 61.234,01 euros.

.-el 23-3-06 fondo de inversión Santander Garantía Activa Moderado 2 FI , 85.000 euros, siendo reembolsado en enero de 2008 por 88.149,97 euros.

.-el 23-3-06 Santander Garantizado Consolidacion Europa FI por 100.000 euros, siendo reembolsado el 8-9-2011 por 107.033,37 euros.

.-el 24-3-06 fondo de inversión Santander Equilibrio Activo FI , 75.000 euros, siendo reembolsado el 15 de enero de 2008 por 76.382,33 euros.

.-el 24-3-06 Santander Ahorro Activo Clase A por 100.000 euros, siendo reembolsado el 15-1-08 por 103.693,08 euros.

.-el 3-7-06 fondo de inversión Santander Rendimiento Clase C, 300.000 euros, siendo reembolsado el 18-7-2006 por 300.280,68 euros.

.-en octubre de 2006 Santander Fontesoro Corto Plazo FI, 20.000 euros, siendo reembolsado el 8 marzo de 2007 por 20.190,30 euros.

En la información fiscal correspondiente al ejercicio 2006 constan además los siguientes productos:



Santander Premier Cancelable 3 FI con una valoración patrimonial a 31-12-2006 de 108.851,74 euros, reembolsado el 8-9-2011 por 107.033,37 euros.

Santander Renta Fija Flexible Duración FI con una valoración patrimonial a 31-12-06 de 60.894,22 euros, reembolsado el 8-3-07 por 61.234,01 euros.

.-el 9 marzo de 2007 Santander Dividendo Europa Clase A, 81.000 euros, siendo reembolsado el 15-1-08 por 75.097,15 euros.

En la información fiscal correspondiente al ejercicio 2007 consta además un fondo Santander Protección Activa FI con una valoración patrimonial a 31-12-07 de 103.336,64 euros, siendo reembolsado el 15-1-08 por 106.693,08 euros.

.-el 21-1-08 Santander Rendimiento Clase C por 367.000 euros, siendo reembolsado el 7-7-08 por 372.253,43 euros.

.-el 8-7-08 Santander Fondos de Inversión Clase C por 371.000 euros, siendo reembolsado el 5-8-09 por 383.011,99 euros.

.-el 24-11-09 Santander Tesorero Clase B por 100.000 euros, siendo reembolsado el 9-2-2011 por 100.262 euros.

5º) El Sr. Pedro Miguel y sus hijos Epifanio y Jose Pedro , tanto antes de la constitución de la entidad "JOG Servicios Generales S.L." como tras su constitución, mantenía reuniones periódicas con los empleados de la sucursal de "Banco Santander S.A." de Azpeitia en relación a la cartera económica disponible e inversiones patrimoniales.

6º) En el marco de dichas reuniones, en el mes de Julio de 2006 la entidad demandada ofreció a la actora diversos productos de inversión, y entre otros, las aportaciones financieras subordinadas de Fagor.

La operación de adquisición de tal producto, a la que se añade el contrato de depósito y administración de valores, se realiza el 13 de Julio de 2006 por importe de 750.000 euros (folio 79 a 81), si bien la suscripción se concretó a la cuantía de 299.350 euros (folio 82). La rentabilidad era un primer cupón del 6,75 % el primer año y Euribor + 3,5 % en los sucesivos períodos de liquidación de intereses.

El documento contractual se suscribe por D. Jose Pedro .

El mismo está integrado por los siguientes:

.-la orden de suscripción en la que se identifica al emisor FAGOR ELECTRODOMÉSTICOS SCL, el importe 750.000 euros, fecha valor 19-7-06 y fecha vencimiento 31-12-2050.

Anexo de contrato suscrito por el ordenante en el que manifiesta:

Que tras haber sido informado . De las características y riesgos del producto APORTACIONES FINANCIERAS SUBORDINADAS FAGOR, he decidido, proceder, una vez hecho mi propio análisis a suscribirlo por importe de 750.000 euros.

Al pie de dicho documento se hace constar que los espacios en blanco (relativos al cliente, número de sucursal, a la denominación del producto e importe por el ordenante), se rellenarán de su propio puño y letra por el cliente. Y que este documento deberá firmarse simultáneamente con la venta del producto financiero y después de haber leído y firmado la documentación relativa al mismo.

Y un documento suscrito por el ordenante en el que se recoge:

"1. He recibido información detallada sobre el producto APORTACIONES FINANCIERAS SUBORDINADAS DE FAGOR SOCIEDAD COOPERATIVA, además de la documentación consistente en:

Orden de suscripción de valores.

Documento resumen del Folleto Informativo.

2. Entiendo que la descripción del producto y la documentación del mismo requieren la utilización de términos y expresiones técnicas y complejas que, sin embargo, no me han impedido comprender su contenido.

3. Comprendo el producto y sus características, y, en particular, que el producto implica riesgo relevante respecto a (i) amortización anticipada por parte de emisor (ii) la posible pérdida de parte del capital invertido; (iii) su liquidez )iv) que no se produzca pago en efectivo de los intereses.

4. Considero, tras recibir toda la información que he estimado necesaria y entender a mi satisfacción las características y riesgos del producto, que el mismo es adecuado para mi experiencia y objetivos de inversión".



7º) Anualmente la entidad "Banco Santander S.A" envía a la entidad demandante la información fiscal correspondiente a la totalidad de los precitados productos bancarios (302 a 342). Y en concreto, en relación a las aportaciones financieras subordinadas Fagor, consta que en la información correspondiente al año 2011 la valoración patrimonial ascendía a 119.859,74 euros (folio 337) y en la correspondiente al año 2012 a 101.659,26 euros (folio 342).

8º) El 9-3-2011 D. Jose Pedro remite un e-mail a Dª Casilda , directora de banca privada de Banco Santander (folios 226 y 227), en el que le indica:

"Si, Rafael esta de baja ya desde . Me parece Navidades o algo así, Para el compromiso no hay necesidades financieras, pero de todas formas gracias por la información.

Si tengo cualquier necesidad te daré un toque.

Eskerrik Askoi!

Jose Pedro

P.D. Por cierto sabes si las preferentes de Fagor siguen a la venta? Se vende algo?".

Dª Casilda le responde "Siguen sin liquidez".

Y D. Jose Pedro le responde "ALEGRIA".

9º) El 24-7-2012 D. Jose Pedro remite un e-mail a Dª Casilda , solicitando "una copia de la documentación que tenemos firmada con el Santander de la operación de Fagor" (folios 115 a 117).

Dª Casilda le responde indicándole que ha pedido a Rafael una copia del contrato, ya que se custodia en la oficina.

El 28-9-2012 D. Jose Pedro remite un e-mail a D. Rafael , director de la sucursal de Banco Santander en Azpeitia, en el que le indica:

"Buenas tardes Rafael .

El lunes te haré llegar la documentación firmada por Jorge , del tema de IPF/Depósito/ que acabamos de formalizar.

Por otro lado, hace un tiempo Begoña te pidió una copia del contrato del tema de Fagor de JOG. Mira a ver si me pede conseguir una copia cuanto antes, ya que la necesito urgentemente".

10º) Con fecha 6-6-2013, la entidad "JOG Servicios Generales S.L." interpone la demanda origen de las presentes actuaciones.

**TERCERO.-** A través del primer motivo de apelación reproduce la parte apelante la nulidad del contrato al haber sido suscrito por el Sr. Jose Pedro que a fecha 13-7-06 no ostentaba poder de representación para obligar a la mercantil demandante, en la medida que no era ni apoderado ni administrador de dicha sociedad, que lo era su padre el Sr. Pedro Miguel , lo que era conocido por la entidad demandada, combatiendo la apreciación probatoria llevada a cabo por el Juez de Instancia y juicio valorativo de los hechos que le llevan a concluir la actuación del Sr. Jose Pedro como factor notorio, al haber quedado acreditado que nunca antes había contratado ni firmado documento alguno con Banco Santander en representación de JOG, que el Sr. Pedro Miguel no conoció hasta transcurridos varios meses que su hijo Jose Pedro había firmado el contrato impugnado.

Este motivo de apelación está abocado al fracaso.

Para la adecuada resolución del mismo, recordaremos que la doctrina jurisprudencial sobre el factor notorio, de la que es representativa la STS de 20 de abril de 2011 declara que " La tutela de la confianza en la apariencia, especialmente necesaria en el ámbito de la contratación mercantil, es determinante de que en determinadas circunstancias el sistema proteja a los terceros de buena fe que contrataron confiados y atribuya al aparentemente representado las consecuencias del actuar del aparente representante, a cuyo efecto el artículo 286 del Código de Comercio de 1885, siguiendo la estela de los artículos 178 y 182 del Código Sainz de Andino , disponga que " Los contratos celebrados por el factor de un establecimiento o empresa fabril o comercial, cuando notoriamente pertenezca a una empresa o sociedad conocidas, se entenderán hechos por cuenta del propietario de dicha empresa o sociedad, aun cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlos, o se alegue abuso de confianza, transgresión de facultades o apropiación por el factor de los efectos objeto del contrato, siempre que estos contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento, o si, aun siendo de otra naturaleza, resultare que el factor obró con orden de su



comitente, o que éste aprobó su gestión en términos expresos o por hechos positivos", por lo que para que la regla expuesta despliegue su eficacia es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 1) Que el contrato sea celebrado por un "factor " o mandatario permanente y general subordinado del empresario.
- 2) Que concorra apariencia o notoriedad de que actúa desde dentro de una determinada empresa o sociedad.
- 3) Alternativamente:
  - a) Que el contrato recaiga sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento; o b) Haya obrado con orden de su comitente; o
  - c) El comitente haya aprobado la gestión del factor en términos expresos o por hechos positivos.

65. A los anteriores requisitos añade la doctrina:

- 1) Que el tercero actúe de buena fe en creencia racional de estar contratando con un verdadero apoderado.
- 2) Que el tráfico sea oneroso."

Más recientemente la STS de 2 de noviembre de 2012 " El segundo de los motivos del recurso de casación se formula por indebida aplicación de la doctrina sobre el factor notorio, al amparo del artículo 286 del Código de Comercio .

Este artículo considera al factor como apoderado de una empresa, cuya condición sea notoria referida en el aspecto objetivo a las operaciones relativas al giro o tráfico del establecimiento, que es donde opera la defensa de los terceros de buena fe: así se expresa la sentencia de 7 de mayo de 1993 . Por lo que la empresa no puede oponer a terceros de buena fe, la transgresión de facultades por el factor notorio, tal como prevé el citado artículo 286 del Código de Comercio del que se desprende que su fundamento es el principio de protección de la apariencia jurídica.

Ante el factor notorio , no tiene el tercero de buena fe llevar a cabo una investigación en el registro mercantil. No sólo podría paralizar el tráfico jurídico, sino también obviar los mencionados principios de la protección a la apariencia jurídica y a la buena fe. Estos protegen firmemente la confianza en la apariencia con la finalidad de potenciar al máximo la protección del tercero de buena fe, de modo que para destruir ésta haya que probar que éste conocía el acto inscrito y no publicado.

Las sentencias de esta Sala que se citan en el recurso, de 28 de septiembre de 2007 y 14 de abril de 2009 , abonan el criterio mantenido aquí y no el del recurrente, ya que resaltan la apariencia y que los negocios se refieran al propio giro o tráfico de la empresa: ambos presupuestos se dan en el presente caso. Lo mismo, las sentencias de 31 de marzo de 1998 y 2 de abril de 2004 , citadas por la parte recurrida en su escrito de oposición al recurso. "

Teniendo en cuenta dicha doctrina jurisprudencial, si como mantiene la recurrente hubiera sido deseable una mayor claridad expositiva en los razonamientos que determinan la desestimación de las dos pretensiones deducidas en la demanda al encontrar fundamento en causa de pedir diversa, lo cierto es que de la lectura de la Sentencia de primera instancia, se puede inferir que los datos fácticos en los que fundamenta su convicción de la actuación del Sr. Jose Pedro como factor notorio de JOG, son:

.- la suscripción del producto de inversión se produce tras diversas reuniones mantenidas entre ambas partes donde se pusieron en liza las diferentes opciones de contratación de productos financieros.

.-la intervención del Sr. Jose Pedro en dichas reuniones juntamente con su padre Pedro Miguel y hermano Epifanio se enmarca en el ámbito empresarial en el que se mueve, siendo nombrado administrador único de JOG en septiembre de 2006.

.-la suscripción de las ASFS se incardina en el ámbito de la actividad inversora de JOG.

Añadiendo a sus razonamientos además, la inexistencia de reclamación a la demandada y obtención por JOG la rentabilidad proporcionada por dichas aportaciones a lo largo del tiempo desde la suscripción.

Y la Sala tras un nuevo examen de las actuaciones no puede sino confirmar la decisión de instancia, por lo que a continuación se razona.

Ha quedado probado en las presentes actuaciones en virtud de la prueba personal tanto del Sr. Pedro Miguel , como de sus hijos, y del Sr. Rafael , que las relaciones del primero con Banco Santander se inician en el ejercicio de su actividad empresarial con "Industrias Metálicas Oñaz S.A." de la que era administrador único y que se remontan a tiempo muy anterior a la constitución de la sociedad patrimonial JOG, que debe destacarse tuvo lugar apenas un año antes a la suscripción de las ASFS, más en concreto el 1-8-05.





El Sr. Jose Pedro en prueba de interrogatorio declara que diez meses antes a la suscripción de las ASFS, esto es, coincidiendo prácticamente en el tiempo con la constitución el 1-8-2005 de las diversas sociedades patrimoniales, ya tenían otros productos financieros y que mantenía reuniones periódicas con los empleados de "Banco Santander S.A." para ver cómo iban esos productos. Que periódicamente él iba preguntando al director Sr. Rafael cómo va este producto, podemos cambiar ó no, e incluso el director se informaba con Casilda de cómo estaba cada uno y luego a él le remitía pues está dando esta rentabilidad, me comenta Casilda que conviene cambiar este producto, vender este para contratar otro, pero siempre telefónicamente o se pasaba él por la sucursal.

Es decir, el Sr. Jose Pedro ya previamente a la suscripción del producto en Litis realizaba las labores de gestión y administración relativos a los productos de inversión de JOG.

También ha quedado probado que la oferta por Banco Santander de las ASFS en el año 2006 se realiza en el marco de las reuniones que mantenían D. Pedro Miguel y sus hijos Epifanio y Jose Pedro con los empleados de Banco Santander en relación a las inversiones patrimoniales de JOG, y que tuvieron lugar varias reuniones a las asistieron igualmente los tres.

La Sra. Casilda, directora de banca privada de Banco Santander, declara que el Sr. Jose Pedro era el que estaba al frente del tema, lo que cohonesta con lo anteriormente referido sobre la base de la propia declaración del Sr. Jose Pedro.

Finalmente, el Sr. Jose Pedro declara que tras dichas reuniones, considerando interesante el producto en función de su productividad o rentabilidad y plazo de vencimiento (dejando al margen de momento la cuestión relativa al posible error en el consentimiento) fue él quien lo suscribió en representación de JOG.

Si tales hechos implican de forma razonable que la actuación del Sr. Jose Pedro con Banco Santander en materia inversora de JOG lo era debidamente facultado por su padre y administrador único de JOG, a ello se une que la suscripción de las ASFS se materializó el 19-7-2006 con un cargo por importe de 299.350 euros, cuantía lo suficientemente relevante como para cuando menos llamar la atención de quien ostentando en aquel momento el cargo de administrador único de JOG, Pedro Miguel, y reaccionar formulando la oportuna reclamación a Banco Santander si no hubiera conocido ni autorizado una tal operación, sin embargo no lo hizo, lo que merma toda verosimilitud a la versión sostenida por la actora.

Que Banco Santander conociera quién era el administrador único de JOG ó que el Sr. Jose Pedro no hubiera firmado ningún documento en representación de JOG anteriormente en nada desvirtúa lo anterior, si como refieren tanto el Sr. Jose Pedro como el Sr. Pedro Miguel muchas operaciones se realizaban también telefónicamente.

En cualquier caso, aunque no recurriésemos a la figura del factor notorio, e incluso obviando hipotéticamente que el contrato no recayese sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento, que no es así por mucho que se trate de una importante inversión en un producto complejo y de riesgo ya que está en la línea de las habituales inversiones patrimoniales que ha realizado JOG desde el inicio de sus operaciones, y por las mismas circunstancias antes reseñadas, como mínimo, nos encontraríamos con un mandato aparente.

Dice la STS de 27 de noviembre de 2012 en relación a la contratación de productos derivados por el director financiero de una entidad sin poder para ello, que " El mandato tácito, admitido por el art. 1710 CC, se deduce de hechos concluyentes del mandante, esto es, actitudes o comportamientos que, interpretados en un contexto relacional determinado, revelan inequívocamente la voluntad de dar vida a un contrato de mandato. Por su parte, el mandato aparente ocurre cuando el mandante aparente, con su comportamiento, genera en el tercero con quien se relaciona la convicción de la existencia del mandato, corroborado por la actitud del mandatario que actúa frente al tercero bajo esta apariencia de representación. En el primer caso existe un verdadero mandato, en el segundo, aunque no existe, la apariencia generada frente al tercero de buena fe provoca que no pueda verse perjudicado por la ausencia de poder de representación.

Y cuestión distinta es que un contrato celebrado en nombre de otro sin ostentar la representación para ello, pueda ser ratificado por aquel a nombre de quien contrató, y que esta ratificación pueda ser, no sólo expresa, sino también tácita, con el consiguiente efecto de validar el negocio ( art. 1259 CC ). Lógicamente, el apoderamiento tácito, por tratarse de un verdadero mandato, no necesita de ratificación alguna, mientras que la ratificación posterior de un apoderamiento aparente subsana el defecto de apoderamiento y el tercero que contrató fiado por esta apariencia de poder no necesita invocar su condición de buena fe para eludir las consecuencias de la falta de representación.

En la lógica de las sentencias de instancia, y a pesar del equívoco originado por la Audiencia al referirse al mandato tácito, se mantiene la validez de las tres operaciones sobre productos estructurados OTC, por la protección que merece el tercero de buena fe que contrata con quien actúa bajo una apariencia de poder. Sin



perjuicio de que, además, aprecien que con posterioridad existió una confirmación tácita, al haber recibido el Colegio conocimiento de las operaciones y no haber manifestado nada en contra.

10. La jurisprudencia hace tiempo que se hizo eco de la doctrina que entendía que debía ser mantenido en su contrato quien lo realizó de buena fe con un representante aparente ( SSTS 24 de noviembre de 1989 , 27 de septiembre de 1995 , 222/1999, de 18 de marzo y, más recientemente, la Sentencia 266/2008 , de 14 de abril). Para su apreciación, se exige que el tercero haya fundado su creencia de buena fe no en meros indicios sino en la consistencia de una situación objetiva, de tal significación o fuerza reveladora que el haberla tomado como expresión de la realidad no puede imputársele como negligencia descalificadora. En este sentido, en la sentencia 266/2008, de 14 de abril , nos referíamos a que la confianza del tercero en la existencia del poder fuera razonable y no debida a su negligencia."

Finalmente, agotando las posibilidades, podemos continuar con la misma STS de 27 de noviembre de 2012 , cuando dice que " 11. Aunque lo anterior podría eludir la necesidad de entrar a analizar si existió, además, una confirmación tácita por parte del Colegio, respecto de las tres operaciones cuestionadas, que eso es lo que pretende el recurso al argumentar que se ha vulnerado el art. 1259 CC y la jurisprudencia que admite la confirmación tácita, no dejaremos de analizar la cuestión.

El párrafo segundo del art. 1727 CC admite que la ratificación pueda hacerse no sólo de forma expresa, sino también tácitamente, sin que, en principio, exista inconveniente para que pueda aplicarse a los supuestos del art. 1259 CC , a los efectos de reconocer validez al negocio realizado por quien no tenía poder suficiente para obligar a un tercero.

En este sentido nos pronunciamos en la sentencia 919/2011, de 23 de diciembre : "los contratos celebrados por quien no ostenta la representación con la que dice actuar no son radicalmente nulos o inexistentes ya que, el segundo párrafo del artículo 1259 del Código Civil , después de indicar que '(e) l contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo', añade 'a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante'. Se trata, como sostiene la sentencia 774/2010, de 17 de noviembre , de un negocio jurídico incompleto cuya efectividad depende de la ratificación por el dueño del negocio jurídico, que puede o no aceptarlo expresa o tácitamente y en el presente caso, con independencia de que las manifestaciones de una de las partes constituyesen por sí mismas un verdadero reconocimiento de deuda, no se ha negado que la sociedad asumió su contenido".

Por su parte, la Sentencia 774/2010, de 17 de noviembre , después de reiterar que la jurisprudencia ha admitido "la posibilidad de ratificar un contrato en forma tácita, a los efectos previstos en el artículo 1259 del Código Civil ( SSTS de 13 de noviembre de 2001 , 10 de julio de 2002 , 5 de diciembre de 2003 , 4 de febrero de 2005 , 6 de junio de 2008, RC núm. 1743/2001 ), añade "que la voluntad de que se ejecute un contrato incluye la de admitirlo ( STS 28 de junio de 2004, RC núm. 2268/1998 ), pues es un comportamiento que objetivamente revela de manera inequívoca la voluntad de ratificar el negocio jurídico ( STS 28 de diciembre de 2007, RC núm. 4905/2000 )".

La sentencia 67/2010, de 11 de febrero , apostilla que "la ratificación tácita tiene lugar cuando el mandante sin hacer uso de la acción de nulidad por él ejercitable, acepta en su provecho los efectos de lo ejecutado sin su autorización, poniendo con ello de manifiesto su consentimiento concordante con el del tercero ( SSTS 27 de diciembre de 1966 ; 10 de octubre de 1963 ; 10 de mayo de 1984 ; 3 de julio 1987 ; 18 de diciembre 2006 ; 10 de mayo 2007 )".

En este caso, siguiendo la línea argumental de la demandante de desconocimiento tanto por el Sr. Pedro Miguel como el Sr. Epifanio de la suscripción de las ASFS por el Sr. Jose Pedro , nos encontramos con que los tres son contestes al declarar en juicio que Jose Pedro informó a su padre y hermano de dicha contratación unos meses después, esto es, cuando ya había operado el cambio de administrador, y que además manifiestan haber mostrado su conformidad a dicha contratación en función de lo que les trasladó sobre el objeto de la contrato, sin que ninguna objeción se formulara a la entidad bancaria por haberse suscrito por quien carecía de capacidad para obligar a la mercantil. Y como señala la resolución recurrida JOG en ejecución de dicho contrato ha recibido oportunamente la rentabilidad correspondiente.

Todo lo cual supone la ratificación tácita de la actuación del Sr. Jose Pedro .

Y todo ello recordando con la STS de 23 de diciembre de 2011 que "la buena fe exigible no solo en el ejercicio de los derechos ( artículo 7.1 del Código Civil ) sino también en el desarrollo de las relaciones jurídicas en general -en este sentido, la sentencia 988/2005, de 22 de diciembre , afirma que "(...) la BUENA FE, como principio general del derecho, ha de informar todo contrato y obliga a un comportamiento humano objetivamente justo, legal, honrado y lógico en el sentido de estar a las consecuencias de todo pacto libremente asumido, sin frustrar



la vocación o llamada que el mismo contiene a su cumplimiento"- y, a tenor del artículo 57 del Código de Comercio en la contratación mercantil en especial."

**CUARTO.-** Caducidad de la acción de anulabilidad por error vicio del consentimiento.

Este motivo de apelación será estimado no obstante que el acogimiento en la resolución recurrida de la excepción de caducidad opuesta por la demandada no ha determinado que el Juez de Instancia se abstuviera de emitir pronunciamiento sobre el fondo de la acción de anulación del contrato por error vicio del consentimiento.

Este Tribunal tiene establecido de forma reiterada en supuestos similares de acción de anulación contractual por vicios del consentimiento de productos financieros complejos y de alto riesgo (a título meramente ejemplificativo las Sentencias de 14 de abril de 2014 , 14 de Mayo de 2014 , 23 de Julio de 2014 , 24-10-2014,20-4-2015 , 30-4-2015 rec. 3291/2014 , 30-4-2015 rec. 3124/2015 , y 30-4-2015 3115/15 ), que el "dies a quo" para el cómputo de la acción "ex art. 1301 CC " debe situarse en el momento en que la parte actora tuvo conocimiento del error invalidante del consentimiento.

Debiendo además añadirse que en las últimas de las resoluciones citadas, haciéndonos eco de la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 12-1-2015 , hemos venido a incidir en definitiva en que la regulación legal está prevista pensando en la "posibilidad real" del ejercicio de la acción y consiguiente irrelevancia jurídica de la consideración de la relación jurídica material ó de fondo "inter partes" como de tracto sucesivo ó e tracto único a efectos de la apreciación de la excepción de caducidad de la acción, ya que adoptar el criterio de la parte apelante supondría obviar la mecánica operativa en la contratación de este tipo de productos.

En efecto, el Alto Tribunal en la referida Sentencia de Pleno examina en el FJ QUINTO apartado 5, el cómputo del plazo para ejercitar la acción de anulación de contratos financieros o de inversión complejos por error en el consentimiento ante la distintas posturas existentes en las Audiencias Provinciales , y por su evidente aplicación al caso actual se reproduce a continuación:

"(.....)

5.- Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a « la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas », tal como establece el art. 3 del Código Civil .

La redacción original del artículo 1301 del Código Civil , que data del año 1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los « contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente », quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción.

La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

En definitiva, 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. 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 similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error".



En su proyección al caso, siendo las AFS inversión a perpetuidad, en el mejor de los casos desde la postura de la demandada-apelada, el momento en que la ahora apelante tuviera conciencia del error cometido en la contratación del producto habrá de situarse ó en el mes de Marzo de 2011, fecha en la que el Sr. Jose Pedro declara en juicio ser conocedor de que el producto contratado no era un depósito tal y como se le había ofertado, ó en el mes de Julio 2011, al transcurso del plazo de los cinco años de la suscripción (13-7-2006) que es el supuesto legalmente previsto de amortización anticipada por el emisor, ó con ocasión de la remisión de la información fiscal correspondiente al año 2011 resultando que en dicho momento la valoración patrimonial de las aportaciones financieras suscritas era en dicho momento de 119.859,74 euros frente al capital invertido 299.350 euros (folio 337), y en los tres casos interpuesta la demanda el 6-6-2013, la acción no ha caducado.

**QUINTO.-** Llegados a este punto, cuestionando la parte apelante la apreciación de la prueba y consiguiente juicio valorativo acerca de la concurrencia del error como vicio del consentimiento con eficacia invalidante de la contratación por la demandante en el año 2006 de las AFSF, se considera adecuado comenzar efectuando una referencia a la normativa de aplicación y doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el alcance de los deberes de información de la entidad financiera cuando comercializa con clientes minoristas productos complejos y de riesgo y la incidencia del incumplimiento de esos deberes para la apreciación de error vicio del consentimiento determinante de la nulidad del contrato.

En cuanto a normativa aplicable en lo referente a la información que debía suministrarse al cliente está compuesta, por razones temporales, por la Ley 24/1988 de 28 de julio tanto en su redacción anterior como posterior a la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, llevada a cabo para incorporar la Directiva 2004/39/CE, que como de forma reiterada se viene señalando por este Tribunal no hizo sino continuar con el desarrollo normativo de protección del cliente, y el Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que insiste, entre otros aspectos, en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual.

En efecto, ya la Ley 24/88 de Mercado de Valores en su redacción primitiva, establecía en el artículo 78.1 , que las entidades de crédito debían respetar las normas y códigos de conducta que aprobase el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministerio de Economía, y en el artículo 79.1 fijaba en los apartados a), c) y e), como principios de actuación de las entidades de crédito, respectivamente, los de «comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado», «desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios» y «asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados».

En desarrollo de estas previsiones legislativas, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios , incorporaba como Anexo un Código general de conducta de los mercados de valores, del que cabe destacar algunas disposiciones, como la obligación de las entidades de solicitar de sus clientes «la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera , experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vaya a proveer» (artículo 4.1), la obligación de las entidades de ofrecer y suministrar a sus clientes «toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos» (artículo 5.1) y la exigencia de que la información a la clientela «debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata . Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos» (artículo 5.3).

Dicho Decreto fue derogado, pero la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, que representa la trasposición a la legislación nacional de la Directiva europea 2004/39 sobre Mercados de Instrumentos Financieros , conocidas por sus siglas en inglés como MIFID (Markets in Financial Instruments Directive), continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los



instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos.

Luego el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, como se ha señalado, no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual (art. 60 y siguientes, en especial art. 64 sobre la información relativa a los instrumentos financieros).

En cuanto al error como vicio de consentimiento, la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo viene interpretando de forma pacífica los artículos 1265 y 1266 del Código Civil en el sentido de que "Para que el error en el objeto, al que se refiere el art. 1266.1 CC , pueda ser determinante de la invalidación del respectivo contrato (en el aspecto de su anulabilidad o nulidad relativa), ha de reunir estos dos fundamentales requisitos: a) que sea esencial, es decir, que (en una de las dos manifestaciones de esa esencialidad del error, aparte del que recae sobre la propia sustancia contractual) la cosa objeto del contrato no tenga alguna de las condiciones que se le atribuyen y aquella de la que carece sea, precisamente, la que, de manera primordial y básica, atendida la finalidad de dicho contrato, motivó la celebración del mismo, y b) que, aparte de no ser imputable al que lo padece (lo que se halla subsumido en lo que seguidamente se dice), el referido error no haya podido ser evitado mediante el empleo, por el que lo padeció, de una diligencia media o regular, teniendo en cuenta la condición de las personas, no sólo del que lo invoca, sino de la otra parte contratante, cuando el error pueda ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o por la conducta de ésta ( SS 6 Jun. 1953 , 27 Oct. 1964 , 4 Ene. 1982 , entre otras); es decir (y aunque es frecuente, incluso por algunas sentencias de esta Sala, incidir en una confusión meramente terminológica aunque no conceptual, al utilizar el adjetivo calificativo apropiado a dicho requisito), que el error sea excusable, entendida esa excusabilidad en el sentido ya dicho de inevitabilidad del mismo por parte del que lo padeció" ( Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1994 ).

Procede ahora analizar la doctrina jurisprudencial elaborada o declarada de forma más reciente sobre el error vicio del consentimiento con carácter general pero en relación a productos financieros complejos y de riesgo.

La Sentencia del Alto Tribunal de 21-11-2012 establece:

"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".

La Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 20-1-2014 examina el contenido de los deberes de información de la entidad financiera cuando comercializa con clientes minoristas un producto complejo y la incidencia del incumplimiento de esos deberes de información para la apreciación de error vicio del consentimiento determinante de la nulidad del contrato:

"5. La Sentencia de la Audiencia es recurrida en casación sobre la base de un único motivo, que denuncia la infracción de los apartados 6 y 7 del art. 79 bis LMV, y de los arts. 72 y 74 RD 217/2008, de 15 de febrero.

En el desarrollo del motivo se argumenta que la sentencia recurrida incurre en una contradicción pues, si entiende que Caixa Penedes presto un servicio financiero al cliente, lo que procedía era el test de idoneidad y no el test de conveniencia que es el que se le imputa a la demandada no haberlo realizado. También insiste en que no todo trato precontractual tiene la consideración de asesoramiento financiero y en este supuesto no lo habría. En todo caso, entiende que los deberes de información pueden realizarse de cualquier forma, sin necesidad de sujetarse a una determinada, y la ausencia de las evaluaciones no puede sancionarse ni con la nulidad del contrato ni con su anulabilidad.

Cuatro son los puntos sobre los que se pide la fijación de doctrina: i) la delimitación del material del servicio de inversión consistente en "asesoramiento financiero" por las entidades financieras a sus clientes frente a los supuestos de mera información sobre instrumentos financieros; ii) la delimitación de los supuestos de realización del test de idoneidad y del test de conveniencia; iii) la ausencia de formalidades específicas para la realización y constancia del test de conveniencia; y iv) la eficacia liberatoria para el banco de la comunicación realizada al cliente del resultado o conclusión desfavorable sobre la adecuación o conveniencia del instrumento financiero al perfil del cliente.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

Alcance de los deberes de información y asesoramiento

6. Normativa aplicable al contrato de swap cuya nulidad se pretende. Ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto.

Para entender bien el alcance de la normativa específica, denominada MiFID por ser las siglas del nombre en inglés de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros (Markets in Financial Instruments Directive), de la que se desprenden específicos deberes de información por parte de la entidad financiera, debemos partir de la consideración de que estos deberes responden a un principio general: todo



cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contrarios de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principio de Derecho Europeo de Contratos ( The Principles of European Contract Law -PECL-cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica " Good faith and Fair dealing " ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: " Each party must act in accordance with good faith and fair dealing " ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar.

En lo que ahora interesa, que es determinar el alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de productos financieros complejos, como es el swap, al tiempo en que se llevó la contratación objeto de enjuiciamiento (13 de junio de 2008), "las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes" del art. 19 Directiva 2004/39/CE ya habían sido traspuestas a nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y ss de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV). También había entrado en vigor el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación.

7. Información sobre los instrumentos financieros. El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, "de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión", que " deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias " (apartado 3).

El art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero , regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe " proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional ". Y aclara que esta descripción debe " incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas ".

En su apartado 2, concreta que " en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

- a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.
- b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.
- c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.
- d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento ".

8. Evaluación de la conveniencia y de la idoneidad. Además, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar que tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad

La entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia, conforme a lo previsto en el art. 79 bis. 7 LMV ( arts. 19.5 Directiva 2004/39/CE ), cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa. Como aclara el art. 73 RD 217/2008, de 15 de febrero se



trata de cerciorarse de que el cliente "tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado".

Esta " información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previsto, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

- a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que está familiarizado el cliente.
- b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado.
- c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes " ( art. 74 RD 217/2008, de 15 de febrero ).

Contrariamente a lo que entiende el recurrente, estas exigencias propias del test de conveniencia son menores que cuando debe valorarse la idoneidad del producto conforme al art. 79bis. 6 LMV ( art. 19.4 Directiva 2004/39/CE ). El test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

Para ello, especifica el art. 72 RD 217/2008, de 15 de febrero , las entidades financieras " deberán obtener de sus clientes (...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes condiciones:

- a) Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.
- b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...).
- c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción (...).

9. Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011 ) , "(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73 , que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE .

El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como " la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros ". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que " se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55).

Error vicio del consentimiento

10. Del incumplimiento de estos deberes de información pueden derivarse diferentes consecuencias jurídicas. En este caso, en atención a lo que fue objeto litigioso y al motivo del recurso de casación, debemos centrarnos en cómo influye este incumplimiento sobre la válida formación del contrato.





En su apartado 57, la reseñada STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011 ), pone de relieve que, "si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, esta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que traspone el artículo 9, apartados 4 y 5, de las Directiva 2004/39 , ni cuáles podrían ser esas consecuencias". En consecuencia, "a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad (vid Sentencia de 19 de julio de 2012, caso Littlewoods Retail (C-591/10 ), apartado 27)".

11. Jurisprudencia sobre el error vicio. La regulación del error vicio

12. El deber de información y el error vicio. Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.

El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.

De este modo, 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.

Pero conviene aclarar que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información.

Al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrarla de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente.

13. Incumplimiento de los test adecuación e idoneidad. Sobre la base de la apreciación legal de la necesidad que el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados, y del deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una información comprensible y adecuada sobre tales extremos, para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación.

En el primer caso, en que la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, la entidad debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el denominado test de conveniencia. En el segundo, si el servicio prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la



situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado test de idoneidad.

"

La Sentencia de 17 de febrero de 2014 argumenta:

"Parece innecesario destacar la importancia que una adecuada información del inversor tiene, además de para el transparente funcionamiento de los mercados financieros, para una correcta formación de la voluntad de quien contrata con el prestador de los servicios de inversión.

Omitir esa información - que ha de ser imparcial, suficiente, clara y, en ningún caso, engañosa - puede dar lugar a distintas infracciones. En primer término, a la de las normas que la imponen. También puede constituir una actuación contraria a la buena fe que ha de presidir la contratación - sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 -; en la sentencia 243/2013, de 18 de abril, destacamos que los llamados códigos de conducta, impuestos por normas jurídicas a las empresas de servicios de inversión, integran el contenido preceptivo de la llamada "lex privata" o "lex contractus" que nace al celebrar, con sus clientes, los contratos para los que aquellos están previstos, pues se trata de estándares o modelos de comportamiento contractual, impuestos, por la buena fe, a las prestadoras de tales servicios y, al fin, de deberes exigibles a la misma por el otro contratante.

Para esas, y otras, infracciones está el ordenamiento dotado de los correspondientes remedios.

Sin embargo, lo que no cabe es considerar que el error vicio constituye una consecuencia ineluctable de la inexistencia o deficiencia de la información, puesto que puede haber padecido error quien hubiera sido informado- otra cosa es que sea excusable- y, por el contrario, que no lo haya sufrido quien no lo fue".

En la STS de 7 de julio de 2014, recaída en un supuesto de nulidad de unos contratos de permuta financiera (swap) de tipos de interés, se viene a declarar que lo relevante no es si la información debía incluir o no la posible evolución de los tipos de interés, sino que la entidad de crédito debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía (según se concreta en el), y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender esos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más le convenía, lo que debía hacerse por medio del test de idoneidad".

Cabe citar asimismo las más recientes Sentencias del Tribunal Supremo de 12-1-2015 y 16-2-2015.

En la Sentencia de 12-1-2015:

" 6.-Carácter esencial del error sobre los riesgos de la inversión

La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID, que es la aplicable en este caso por la fecha en que se concertó el contrato, da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

No se trata de cuestiones relacionadas con los móviles subjetivos de los inversores (la obtención de beneficios si se producen determinadas circunstancias en el mercado), irrelevantes, como tales, para la apreciación del error vicio. La trascendencia que la normativa reguladora del mercado de valores reconoce a la información sobre los riesgos aparejados a la inversión, al exigir una información completa y comprensible sobre tal cuestión, muestra su relación directa con la función económico-social de los negocios jurídicos que se encuadran en el ámbito de la regulación del mercado de valores.

En el caso enjuiciado, la Sala discrepa de la valoración de la prueba realizada por la sentencia recurrida en apelación (no olvidemos que este tribunal ha asumido la instancia y está resolviendo el recurso de apelación, no el recurso extraordinario por infracción procesal), y considera que no ha resultado probado que la demandante recibiera una información adecuada sobre los riesgos de la inversión.

la sentencia de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre, declaró que en este tipo de contratos la empresa que presta servicios de inversión tiene un deber de informar con suficiente antelación. El art. 11 Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables,



establece que las empresas de inversión tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente « en el marco de las negociaciones con sus clientes ». El art. 5 del anexo del RD 629/1993 , aplicable por razón del momento en que se celebraron los contratos, exige que la información « clara, correcta, precisa, suficiente » que debe suministrarse a la clientela sea « entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación ».

La consecuencia de lo anterior es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente. No se cumple este requisito cuanto tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto (y en este caso hubo asesoramiento, en tanto que la cliente recibió recomendaciones personalizadas), y sólo se facilita en el momento mismo de la firma del documento contractual, inserta dentro de una reglamentación contractual que por lo general es extensa.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13 , en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, declara que las obligaciones en materia de información impuestas por la normativa con carácter precontractual, no pueden ser cumplidas debidamente en el momento de la conclusión del contrato, sino que deben serlo en tiempo oportuno, mediante la comunicación al **consumidor**, antes de la firma de ese contrato, de las explicaciones exigidas por la normativa aplicable.

7.-El deber de información y el carácter excusable del error.

Dijimos en la sentencia de pleno num. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , que el incumplimiento por las empresas que operan en los mercados de valores de los deberes de información , por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes puede incidir en la apreciación del error, y más concretamente en su carácter excusable.

La normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes, no sólo a los efectivos, también a los potenciales.

La Ley del Mercado de Valores, en la redacción anterior a la transposición de la Directiva MiFID, que es la aplicable por razones temporales, dedica el título VII a las normas de conducta que han de observar, entre otras, las empresas que presten servicios de inversión. El art. 79 LMV establece como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de « asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados (...) ».

Dicha previsión normativa desarrolla la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, por lo que ha de interpretarse conforme a dicha directiva. Los arts. 10 a 12 de la directiva fijan un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las empresas de servicios de inversión respecto de sus clientes. Tras prever en su art. 11 que los Estados debían establecer normas de conducta que obligaran a las empresas de inversión, entre otras cuestiones, a « informarse de la situación financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversiones y sus objetivos en lo que se refiere a los servicios solicitados (...) »; a transmitir de forma adecuada la información que proceda en el marco de las negociaciones con sus clientes », establece en su art. 12:

« La empresa deberá indicar a los inversores, antes de entablar con ellos relaciones de negocios, qué fondo de garantía o qué protección equivalente será aplicable, en lo que se refiere a la operación o las operaciones que se contemplen, la cobertura garantizada por uno u otro sistema, o bien que no existe fondo ni indemnización de ningún tipo. (...) »

El alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor es detallado en las normas reglamentarias de desarrollo de la Ley del Mercado de Valores. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por razones temporales, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, solicitando de sus clientes información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. Especial rigor se preveía en lo relativo a la información que las empresas debían facilitar a sus



clientes (art. 5 del anexo): « 1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos (...). 3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.»

La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995, que desarrollaba parcialmente el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo de 1993, establecía en su art. 9 : « Las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. Dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para los mismos».

El incumplimiento por la demandada del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a sus clientes, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable.

Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como declaramos en la sentencia de pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 ,

«la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente ».

Cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, y le impone esa obligación con carácter previo a la celebración del contrato y con suficiente antelación, lo que implica que debe facilitar la información correcta en la promoción y oferta de sus productos y servicios y no solamente en la documentación de formalización del contrato mediante condiciones generales, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada ( art. 12 Directiva y 5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo ), en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico.

Como ya declaramos en la sentencia núm. 244/2013, de 18 de abril , la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante".

En la Sentencia de 16-2-2015 declara el Alto Tribunal:

"CUARTO.- Los criterios de interpretación y aplicación de esa normativa relativos al alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de productos complejos como el swap y su incidencia en la apreciación de error vicio del consentimiento, cuando estamos ante un servicio que constituye asesoramiento en materia financiera ( artículo 52 de la Directiva 2006/73 que aclara la definición de servicio de asesoramiento financiero en materia de inversión del artículo 4.4 de la Directiva MIFID , según la doctrina fijada por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L .,



C-604/2011 ), llevaron a esta Sala a declarar que el cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos de la operación especulativa de forma imparcial, clara y no engañosa, incluyendo además, de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y, también, orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados ( art. 79 bis LMV, apartados 2 y 3; ), para lo que - con el fin de salvar el desequilibrio de información que podría viciar el consentimiento por error- se establece un instrumento, el test de idoneidad, en el que se suma el test de conveniencia (sobre conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente) a un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios o instrumentos que mas le convengan.

Como se ha declarado en la reciente STS de 10 de septiembre de 2014, rec. num. 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, aún no determinando por sí la existencia del error vicio, sí permitía presumirlo".

**SEXTO.-** Sentado todo lo precedente, centrado el recurso en el error de la apreciación probatoria efectuada por la Juzgadora de Instancia de conformidad con las reglas contenidas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y consiguiente juicio valorativo acerca de la no concurrencia del error como vicio del consentimiento, previo al análisis de aquellos aspectos en que se centra la discrepancia de la parte recurrente, debe comenzarse señalando dos cuestiones.

La primera, algo en lo que esta Sala viene insistiendo en la materia, que el análisis del error vicio del consentimiento en productos o instrumentos financieros complejos ha de hacerse caso por caso, en función de sus especificidades, y por tanto también el que nos ocupa, precisamente porque las circunstancias personales y de la contratación son muy relevantes y pueden llevar, ante un mismo contrato, a respuestas distintas, no existiendo ni pudiendo existir por ello doctrina uniforme en estos supuestos.

La segunda, como de forma reiterada tiene declarado esta Sala, que si la prueba practicada en el procedimiento se pondera por el Juez de instancia de forma racional y sin que contradiga las normas que impongan un concreto efecto para un determinado medio de prueba, y llega a una valoración razonable y correcta, tal valoración debe ser mantenida y no sustituirse por la subjetiva de quien impugna la expresada valoración. Tras la entrada en vigor de la LEC 1/2000 de 7 de enero, la misma inmediación ostenta el Tribunal de Instancia que el Tribunal de Apelación, por cuanto que, a través del soporte audiovisual se recogen y documentan las actuaciones practicadas en el acto del juicio, de forma que el Tribunal puede revisar si esas pruebas se han valorado correctamente, pero en cualquier caso, no debe olvidarse que es la actividad valorativa del órgano jurisdiccional la que se configura como esencialmente objetiva, lo que no sucede con la de las partes, por lo general y con una cierta lógica, aparece con tintes parciales y subjetivos. De forma, que si bien esta Sala puede valorar de nuevo las pruebas, también lo es, que las conclusiones valorativas del Juzgador de instancia, sólo deberán ser modificadas, cuando las mismas sean contrarias, irracionales o ilógicas.

Es decir, como aduce la parte apelada en oposición al recurso, en el juicio revisorio sobre la ponderación probatoria y la aplicación del derecho en la primera instancia, no se trata de sustituir la valoración probatoria por otra, sino de comprobar si la ponderación realizada se aleja de las reglas de la lógica, de la experiencia o de los postulados científicos; si el razonamiento fáctico y jurídico de la Sentencia es absurdo, ilógico, arbitrario o manifiestamente erróneo y si no concurre alguna de estas circunstancias es de respetar el criterio del Juzgador.

Sentado lo anterior, habiendo efectuado un nuevo examen de lo actuado en el ejercicio de la facultad de revisión que ostenta el Tribunal en la segunda instancia en virtud de lo dispuesto en el art. 456.1 LEC , la Sala en la labor de supervisión de la razonabilidad del discurso valorativo de la prueba y el relato fáctico resultante, entiende que en valoración probatoria efectuada por el Juzgador de Instancia no cabe apreciar error fáctico ni jurídico, sin que las objeciones que la parte apelante opone gocen de la habilidad material necesaria para modificar la decisión de la instancia, estimándose que los hechos que la recurrente entiende han quedado acreditados constituye una propuesta de valoración parcial e interesada de lo actuado, por lo que a continuación se razona.

No ofrece duda que las AFS son un producto complejo y de riesgo elevado en la medida que son aportaciones de recursos propios, ya que su regulación dispone de forma imperativa que el dinero captado por la entidad



emisora debe estar invertido en su totalidad y permanentemente en la entidad, de manera que quede directamente afecto a los riesgos y la situación financiera de la entidad, de forma que no atribuye derecho de crédito para la restitución del valor nominal, por lo que puede hablarse de un valor potencialmente perpetuo o sin vencimiento, y por ello la liquidez de la aportación financiera subordinada, dejando a un lado el caso de la amortización acordada por la propia sociedad a partir del quinto año desde la fecha del desembolso, sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos legales, sólo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario de valores en el que cotiza con el riesgo de liquidez y el riesgo de que su precio de cotización pueda situarse en niveles inferiores a su precio de amortización (valor nominal).

Ahora bien, no toda contratación de un producto financiero por tratarse de un producto financiero complejo y de riesgo, es nula en sí misma. Y el cumplimiento o incumplimiento sin más de la obligación normativa citada más arriba no puede determinar la estimación ni la desestimación de la demanda. Como tiene declarado el Tribunal Supremo el supuesto defecto de información sólo interesa en la medida que hubiera podido ser instrumento del error, el error con eficacia anulatoria o invalidante del contrato 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 tomadas en consideración en el momento de la perfección o génesis de los contratos, hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

Todo ello teniéndose presente que el principio de aportación de parte, determina que son las partes las que deben alegar los hechos que son el supuesto base de la norma cuya aplicación piden, y que el art. 217 LEC impone a la demandante la cumplida acreditación de los hechos constitutivos de su acción, recayendo sobre la parte demandada la prueba de los hechos obstativos, impeditivos o extintivos, y que también la aplicación de las reglas sobre valoración de la actividad probatoria de disponibilidad y facilidad probatoria ( art. 217.6. LEC ) descansan sobre la previa apreciación de los hechos constitutivos de la acción, siendo claro que la prueba del error que invalida el consentimiento incumbe a quien lo alega, sin que pueda sostenerse que, ante la mera alegación de falta absoluta de información sobre la naturaleza y riesgos del producto financiero, sea la parte contraria la que haya de acreditar que nos encontramos ante el supuesto normal en el cual el consentimiento resulta prestado de forma libre y voluntaria con una adecuada representación de las consecuencias de su prestación, en el bien entendido que no se trata de "excluir" la exigencia de información, sino de ponderar la "necesidad" e "intensidad" de la misma en relación a los presupuestos de la acción ejercitada, ya que como tiene dicho el Tribunal Supremo ( STS 17-2-2014 ) el error vicio no constituye una consecuencia ineluctable de la inexistencia o deficiencia de la información, puesto que puede haber padecido error quien hubiera sido informado- otra cosa es que sea excusable- y, por el contrario, que no lo haya sufrido quien no lo fue, sin olvidar que el error no es de consideración subjetiva, sino objetiva, es decir, si objetivamente la información que se alega omitida y a la que se vincula causalmente el error vicio del consentimiento y el contenido contractual determinan la susceptibilidad de actuar errado.

En lo que hace al caso, siendo que es en la demanda rectora de las actuaciones donde se delimitan los elementos fácticos y jurídicos que sostienen la petición de anulación del contrato por error vicio en el consentimiento, y que es claro que a los Jueces y Tribunales deben respetar el componente fáctico esencial de la acción, en el escrito de demanda la actora señala que la demandada en el mes de Julio de 2006 aprovechando la circunstancia de que D. Pedro Miguel , administrador único de la demandante, no se encontraba en la empresa aprovecho esta circunstancia para colocar el producto litigioso al Sr. Jose Pedro que carecía de todo poder de representación en la mercantil y que éste suscribió el producto litigioso en la creencia de que se trataba una especie de depósito a plazo fijo altamente rentable, cuya inversión inicial quedaba garantizada al 100 % por el Banco, sin riesgo ninguno y de la que podría disponer en cualquier momento a partir del quinto año de la suscripción, por ser éstas las explicaciones que le fueron dadas del producto, y que de haber conocido la perpetuidad de la inversión y consiguiente indisponibilidad de la inversión realizada, dificultades que podrían sobrevenir para hacer liquido el producto y el riesgo de pérdida del total de la inversión, extremos que no fueron explicados, no hubiera contratado, habiendo siempre realizado inversiones financieras con un carácter conservador y en búsqueda de los menores riesgos posibles.

Así las cosas, ha de comenzarse señalando con carácter general y previo, que la prueba es la actividad de las partes encaminada a convencer al Juez de la veracidad de unos hechos o de unas afirmaciones que se alegan como existentes, y que ante versiones contradictorias acerca de la información suministrada, lo que por lo demás viene constituyendo la praxis diaria en los Tribunales en supuestos similares, ello conlleva a los Juzgados y Tribunales a extremar el estudio de los medios probatorios de una y otra parte, para alcanzar una convicción lo más certera posible sobre la realidad de los hechos afirmados respectivamente, relacionando y poniendo en combinación el resultado de los distintos medios probatorios practicados, o dicho en otros términos, proceder a una apreciación conjunta de la prueba.



Y en este caso este Tribunal, tras ponderar el conjunto probatorio, coincidiendo con el Juzgador de Instancia, ha de concluir que en el caso concreto no puede estimarse acreditado por la parte actora con unos imprescindibles visos sino de certeza si al menos de credibilidad el error en el que funda su pretensión de anulación contractual, presentándose excesivamente abierta la inferencia de la posible errónea formación de la voluntad contractual de la parte actora, habiendo acreditado la entidad financiera las circunstancias de la contratación y los elementos que revelan el cumplimiento de la obligación informativa con la extensión y precisión necesaria para que el cliente pudiera formar su consentimiento con conocimiento de causa.

La primera consideración que ha de hacerse es que lejos del relato de hechos que se realiza ó expone en la demanda sobre el ofrecimiento por el Banco del producto litigioso al Sr. Jose Pedro sabedor de que carecía de poder de representación para obligar a la demandante y aprovechando la circunstancia de encontrarse ausente su padre y administrador único de la actora, como anteriormente se ha señalado, ha quedado debidamente demostrado en virtud de la prueba personal practicada en juicio, que tal oferta se realiza en el marco de las reuniones que mantenían D. Pedro Miguel y sus hijos Epifanio y Jose Pedro con los empleados de Banco Santander en relación a las inversiones patrimoniales de JOG, que en relación a este producto tuvieron lugar varias reuniones a las asistieron igualmente los tres (así lo reconocen el Sr. Pedro Miguel y su hijo en prueba testifical y el Sr. Jose Pedro en prueba de interrogatorio), y que atendiendo al capital disponible para invertir y al objeto de diversificar la inversión, además de las AFSF les fueron ofertados otros productos de inversión (extremos éstos últimos que son declarados en prueba de interrogatorio del Sr. Jose Pedro ).

Contexto sin duda muy diferente al que parece vislumbrarse de la lectura de la demanda, de carácter sorpresivo ó intempestivo del ofrecimiento al objeto de colocar el producto litigioso.

En la misma línea, respecto a las afirmaciones realizadas en la demanda sobre que el Sr. Jose Pedro se limitaba en aquella fecha a ayudar a su padre en la llevanza en la empresa y a aprender de él, mientras cursaba sus estudios universitarios, que estaba empezando en el manejo de la empresa familiar, señalaremos que si el Sr. Jose Pedro ciertamente a fecha de las suscripción de las AFSF estaba cursando estudios universitarios, desde luego, no cabe predicar del mismo la consideración dijéramos de pupilo en lo que hace la actividad económico-financiera de JOG, particularmente en el ámbito de sus inversiones financieras. Antes al contrario. Su declaración en el acto de juicio resulta sumamente ilustrativa al respecto y no referida precisamente, en contra de lo que se quiere afirmar en el recurso a los conocimientos y experiencia financiera actuales. Como se ha dejado también reseñado más arriba, manifiesta que con anterioridad a la suscripción de las AFSF tenían otros productos financieros y que mantenía reuniones periódicas con los empleados de "Banco Santander S.A." para ver cómo iban esos productos. Que periódicamente él iba preguntando al director cómo va este producto, podemos cambiar ó no, e incluso el director se informaba con Casilda de cómo estaba cada uno y luego a él le remitía pues está dando esta rentabilidad, me comenta Casilda que conviene cambiar este producto, vender este para contratar otro, pero siempre telefónicamente o se pasaba él por la sucursal.

Si a ello se une que del conjunto de su declaración es claro que los términos perfil de inversión, producto de inversión, beneficio-riesgo, liquidez, fondos de inversión, depósitos, valores, etc, le eran totalmente familiares, explicando incluso al ser preguntado por la dirección letrada de la parte demandada si productos sin riesgo tienen alta rentabilidad, "que depende de la época, porque a día de hoy un producto sin riesgo tiene una rentabilidad baja por los tipos de interés en los que estamos, pero en esa época que era una época de bonanza económica para todos, los depósitos que se ofrecían tenían un interés mayor que en la actualidad", desde luego, no cabe apreciar que el Sr. Jose Pedro fuera lego en la actividad financiera y que se estuviera iniciando en ella.

Cabe añadir que a escasos dos meses de la suscripción del producto litigioso, asume a través de su sociedad patrimonial la administración única de JOG , "Jespar Gestión S.L.", "ORI Servicios de Gestión S.L." y "Menasol 2004 S.L.", y las funciones director financiero y de recursos humanos de "Industrias Metálicas Oñaz".

Y si como este Tribunal ha venido señalando en otras ocasiones en supuestos similares de contratación de productos complejos y de alto riesgo, disponer de una licenciatura universitaria incluso en materia económico-financiera no presupone "per se" el conocimiento y experiencia financiera necesarios para tomar decisiones de inversión y para valorar los riesgos que se asume en ciertos productos financieros, "contrario sensu" no tener una tal titulación ó formación universitaria no excluye que se puedan tener unos tales conocimientos y experiencia necesarios a tal fin. Y esto es lo que de la lectura de la resolución recurrida se infiere concluye el Juzgador de Instancia y que esta Sala no puede sino compartir sobre la base de la existencia de evidencias concretas que así permiten afirmarlo (referidas precedentemente).

En suma, el Sr. Jose Pedro a fecha de suscripción del producto en Litis no habría terminado sus estudios universitarios, pero sí tenía conocimientos financieros y bagaje ó experiencia financiera suficientes en el ejercicio de las labores de gestión relativos a los productos de inversión de JOG.



Por otra parte, el historial inversor de JOG en fondos de inversión que ha quedado acreditado en los autos en los términos reseñados en el razonamiento primero de la presente resolución no refleja precisamente un perfil de cliente profano en materia inversora. Antes bien, si se considera que cualquier fondo de inversión es un patrimonio constituido por las aportaciones de diversas personas, denominadas partícipes del fondo, y que al invertir en un fondo se obtiene un número de participaciones, las cuales diariamente tienen un precio o valor liquidativo, obtenido por la división entre el patrimonio valorado y el número de participaciones en circulación, y que el rendimiento del fondo se hace efectivo en el momento de venta de las participaciones, la cual puede llevarse a cabo en el momento en que se desee, tendremos que concluir que la demandante tenía los conocimientos y capacidad suficientes por la suscripción y manejo de los referidos fondos dada la habitualidad de operaciones de adquisiciones y transmisiones y su cuantía, y, por ende, como para distinguir perfectamente entre lo que era un producto de inversión con mayor o menor dosis de aleatoriedad, y un depósito que le permitiera recuperar con total seguridad la cantidad desembolsada incrementada con un determinado tipo de interés, en función de la duración de la inmovilización del capital.

No puede hacerse abstracción tampoco que todas las inversiones que han quedado probadas las gestionaba y administraba la actora, quien no tenía suscrito ningún contrato de gestión de cartera con la entidad demandada sin perjuicio del componente de asesoramiento que suele ser objeto de la atención personalizada por ser cliente del llamado "servicio de banca privada" a la que se refiere la testigo Sra. Casilda, directora de banca privada de la entidad demandada.

De los fondos de inversión contratados por JOG algunos son de riesgo bajo ó medio bajo y otros fondos de inversión de riesgo medio-alto como son "Santander Garantía Activa Moderado", "Santander Equilibrio Activo" y "Santander Dividendo Europa", y por su entidad numérica (diversificación de la inversión) y cuantía objeto de las inversiones y características, revelan el carácter ó perfil de inversor moderado de la entidad demandante y no conservador y tradicional tal y como se autocalificaba en la demanda, si con ello se quería expresar perfil ahorrador y sin asunción de riesgos que el Sr. Pedro Miguel manifiesta en varias ocasiones en el acto de juicio (todas las inversiones que ha hecho en la empresa son sin riesgo, sobre este tema lo que se les dijo era que era de capital seguro, que él recalca siempre que no quiere riesgos con el dinero, que ha hecho las inversiones justas para no perder dinero, el mero hecho de decir no especular con el dinero sino ser muy seguro en las inversiones).

Todo lo hasta ahora expuesto, aunque no permite presumir que la actora fuera conocedora de las características y riesgos de las AFS, lo que sí permite concluir es que indudablemente, poseía capacidad, conocimientos y experiencia financiera previa que propicia la comprensión del producto en Litis.

En el presente caso, la parte recurrente discrepa asimismo de la conclusión alcanzada por el Juez de Instancia del cumplimiento por la entidad demandada de la obligación informativa que le incumbía, sin embargo los argumentos que desarrolla en tal sentido no permiten concluir que la apreciación probatoria del Juez "a quo" no se ajuste a los cánones de razonabilidad, que haya falta de lógica o manifiesto error, ya que centra el error en la valoración de la prueba documental obviando que la prueba documental no es la única prueba que ha valorado el Juez de Instancia a efectos de alcanzar su convicción, sino también la prueba personal, de forma fundamental la declaración del Sr. Jose Pedro en prueba de interrogatorio y los testigos empleados de la entidad demandada. De la mera lectura del razonamiento jurídico tercero de la resolución recurrida resulta que se basa en la valoración conjunta del resultado que arroja la prueba practicada, otorgando mayor credibilidad a la declaración testifical de los empleados de la entidad demandada, preponderantemente a la de la Sra. Casilda, por entender que concurren elementos que permiten dotar de veracidad objetiva a sus manifestaciones, frente a la declaración del Sr. Jose Pedro, por falta de lógica y coherencia en sus explicaciones.

En tal tesitura, podrá discreparse de la decisión del Juzgador de Instancia, pero este Tribunal no puede acoger los argumentos que desde la subjetividad esgrime la apelante.

Tomando como premisa todo lo razonado precedentemente, en nuestra valoración consideramos coincidiendo con el Juez "a quo" que el resultado de la prueba personal valorada en conjunción al perfil del cliente, actos anteriores, coetáneos y posteriores al iter negocial, acredita el cumplimiento por la entidad bancaria de la obligación informativa con la extensión y precisión necesaria para que el cliente pudiera formar su consentimiento con conocimiento de causa, no pudiéndose reputar acreditado por la parte actora con unos imprescindibles visos sino de certeza sí al menos de credibilidad la representación mental equivocada alegada en la demanda y en la que funda su pretensión de anulación contractual.

Hemos constatado mediante el visionado del soporte videográfico del acto de juicio, las versiones contradictorias que han ofrecido sobre la información suministrada el Sr. Jose Pedro en su declaración como interrogatorio de parte, el Pedro Miguel y D. Epifanio como testigos, y los empleados de la entidad demandada D. Rafael y D. Casilda también como testigos, pero en lo que sí puede decirse que queda probado es que la





oferta del producto litigioso se enmarca en el contexto que la actora tenía un importante capital ocioso que quería invertir al objeto de obtener una productividad del mismo, y que se mantiene varias reuniones en las que se les ofrecen diversos productos, para diversificar la inversión, y entre ellos, las AFSF. Así lo declara el Sr. Jose Pedro .

Teniendo en cuenta ello y la dilatada experiencia empresarial del Sr. Pedro Miguel estando habituado a la contratación bancaria, a la cualificación profesional del Sr. Epifanio y a los conocimientos y experiencia del Sr. Jose Pedro en los términos que han quedado reseñados (además de estar cursando estudios universitarios), y la experiencia inversora previa, hacen inimaginable que ninguno de ellos considerase que las AFS eran un producto similar a un depósito a plazo con alta rentabilidad y sin riesgo.

Se recordará que la rentabilidad de las AFSF a la fecha de su suscripción era un primer cupón del 6,75 % el primer año y Euribor + 3,5 % en los sucesivos períodos de liquidación de intereses, frente al 2% ó 3 % de rentabilidad de los depósitos a plazo fijo. Extremo que sin duda no pudo pasar desapercibido a los Sres. Jose Pedro Pedro Miguel Epifanio siendo perfectos conocedores del binomio beneficio-riesgo.

En el bloque documental que integra el documento nº 1 de la demanda no consta, ni el término depósito, ni ninguna otra de las particularidades bancarias que caracterizan este producto financiero en términos de rentabilidad, riesgo y liquidez.

No se sostiene tampoco, bajo parámetros estrictamente racionales, que se afirme como declara el Sr. Jose Pedro cuando se le pregunta acerca de la información sobre riesgos "la verdad ninguno a salvo quiebre el sistema financiero". Por desconocer o ignorar, incluso manifiesta que desconocía que se trataba de un producto del grupo Fagor, así como haber ignorado que así se indicaba no sólo en la orden de suscripción, sino en la información fiscal que anualmente se remitía a la entidad, fijándose únicamente en el dato de la rentabilidad.

Tampoco resulta creíble que no leyó ninguno de los documentos que suscribió, cuando uno de ellos incluso de hubo de rellenarlo él mismo.

Por el contrario por los referidos testigos Don. Rafael y principalmente la Sra. Casilda (como directora de banca privado que expresamente acudía a dichas reuniones para explicar las diferentes opciones de inversión), tal y como se afirma en la Sentencia impugnada y como puede comprobarse mediante el visionado de la grabación correspondiente, se ha manifestado haber informado en las diversas reuniones que existieron con carácter previo a la firma de la orden de adquisición tanto de los beneficios como de los riesgos y, en concreto:

.- el riesgo de amortización por parte del emisor al ser las AFS valor potencialmente perpetuo o si vencimiento, de forma que de no amortizarse por el emisor a partir del quinto año, el inversor para deshacer la inversión debe acudir al mercado secundario

.-el riesgo de liquidez derivado de su cotización en el mercado secundario, de forma que su realización se supedita a la existencia de demanda en dicho mercado secundario y que su precio de cotización podrá evolucionar favorable o desfavorablemente en función de las condiciones de mercado, pudiendo situarse en niveles inferiores a su valor nominal.

.- y el riesgo de pérdida de capital invertido en caso de que el precio de venta en el mercado secundario esté por debajo del precio de emisión.

Y si es cierto que deben extremarse las cautelas al valorar este tipo de testigos en cuanto actuando en representación del banco es el obligado a facilitar la información, ya hemos argumentado sobre el perfil inversor de la demandante y no es un perfil inversor desconocedor del riesgo, así como que de la declaración del Sr. Jose Pedro en el acto de juicio se vislumbra claramente que ya a la fecha de suscripción del producto era conocedor del significado y alcance de dicha terminología, por lo que sólo la omisión de toda información en tal sentido justificaría el desconocimiento de la concurrencia de unos tales riesgos, lo que como no resiste a criterios de lógica y recta razón.

Acto relevador que desvirtúa una tal alegación viene constituido por el contenido de los e-mails cruzados entre el Sr. Jose Pedro y la Sra. Casilda en marzo de 2011, cuando siguiendo la línea argumentativa del Sr. Jose Pedro ni siquiera tenía a su disposición la documentación contractual. Su tenor literal resulta inequívoco y evidencia el conocimiento tanto del producto contratado como de los riesgos en cuya omisión de información se asienta la representación mental equivocada que le llevara a suscribir el producto. De hecho el Sr. Jose Pedro en prueba de interrogatorio no cuestiona que esa no deba ser la correcta interpretación del contenido de dichos e-mails. Antes bien, lo que hace es explicar que su contenido se justifica por la información que se les traslada desde la entidad demandada al haberse interesado por liquidar la inversión por la proximidad de la fecha de vencimiento y tener necesidades financieras, y que por ello empiezan a investigar a ver si se podían vender en el mercado secundario ó no. Explicación que no ofrece credibilidad alguna si tenemos en cuenta que



las cuestiones que plantea el Sr. Jose Pedro en relación a "las preferentes de Fagor" se hacen a modo de post data en un e-mail cuyo objeto era otro, aludiéndose a un compromiso para el que no se necesita financiación, y que no consta en autos ni reclamación ni protesta alguna ni en aquél momento, ni previa ni posteriormente, al respecto de las características y riesgos del producto.

La alegación de haber carecido de información sobre riesgos se ve desvirtuada por tanto no sólo por la testifical de los empleados de la demandada y la falta de toda verosimilitud en general de la declaración del Sr. Jose Pedro y con sus propios actos, sino por la documental contractual integrada por el bloque documental nº 1 de la demanda.

En la orden de suscripción se identifica claramente al emisor "FAGOR ELECTRODOMESTICOS SCL", la cooperativa más antigua de la Corporación Mondragón y uno de sus símbolos hasta que entrara en situación de crisis, y que, sin duda, no puede ser desconocido para los Sres. Jose Pedro Epifanio Pedro Miguel .

En el anexo de la orden de suscripción y completado por el ordenante se recoge la denominación del producto APORTACIONES FINANCIERAS SUBORDINADAS FAGOR (aspecto no cuestionado).

Conociendo el dato del emisor y denominación del producto queda carente de toda lógica que se informase que Banco Santander garantizaba el producto financiero como se afirma en la demanda y se reitera en juicio por el Sr. Jose Pedro .

En el mismo bloque documental, en el tercero de los documentos, al margen de las declaraciones de conocimiento o ciencia sobre haber sido debidamente informado, se recogen como riesgos relevantes del producto: la amortización anticipada por parte del emisor, la posible pérdida de parte del capital invertido, su liquidez, y que no se produzca pago en efectivo de los intereses.

Es decir, las advertencias sobre los riesgos esenciales y característicos de las AFS.

Si la actora niega haberle sido entregado el documento resumen del folleto informativo, lo cierto es que en el mismo precitado documento, el ordenante con la estampación de su firma en dicho documento reconoce haberlo recibido, sin que por tanto pueda tenerse por acreditada sin prueba alguna que así lo corrobore, la afirmación que se hace en la demanda de que no fue entregado y pretender con la mera negación trasladar la carga de la prueba de tal hecho a la parte demandada, no constituyendo dato que corrobore ni permita concluir la falta de entrega que el resumen informativo no esté suscrito cuando la firma referida implica que la presunción ha de ser la contraria.

Y si esta Sala tiene dicho que se trata de un documento con contenido y términos caracterizados por su tecnicidad difícilmente comprensible para que cualquier persona ajena al campo financiero pueda conocer el alcance de la inversión que está realizando y de los riesgos que comporta, si no va acompañada de una explicación por parte de los empleados del banco, por el contrario el contenido del folleto puede ser comprensible para quien en los términos más arriba desarrollados tiene conocimientos y capacidad de desenvolvimiento en el ámbito las inversiones financieras y con experiencia en dicho ámbito, como lo era el Sr. Jose Pedro .

Por todo lo cual, ha de ser rechazada la pretensión de los recurrentes de que, con revocación de la Sentencia impugnada, sean estimadas las pretensiones deducidas en la demanda, tanto con carácter principal como con carácter subsidiario.

**SÉPTIMO.-** En materia de costas procesales, no obstante la confirmación del Fallo de la Sentencia de instancia, la estimación del motivo de apelación relativo al pronunciamiento de caducidad de la acción de anulación contractual, conlleva no se haga pronunciamiento especial en cuanto a las costas de esta alzada ( art. 398.2 LEC ).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

## FALLAMOS

Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de "JOG SERVICIOS GENERALES S.L." frente a la Sentencia de fecha 18-6-2014 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Eibar en autos de Juicio Ordinario 270/2013, y, en consecuencia, debemos revocar y revocamos parcialmente la referida resolución en el sentido de rechazar la excepción de caducidad de la acción de nulidad relativa, y debemos confirmar y confirmamos el Fallo desestimando íntegramente la demanda por los razonamientos expuestos en la presente resolución sin pronunciamiento en cuanto a las costas procesales de la alzada.



Devuélvase al apelante el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por el Secretario Judicial del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución.

Frente a la presente resolución se podrá interponer recurso de **casación**, en los supuestos prevenidos en el art. 477 de la L.E.Civil y recurso **extraordinario por infracción procesal** de conformidad con lo previsto en el art. 469 de la L.E.Civil, en el plazo de VEINTE DIAS ante esta Sala ( art.479.1 en relación al recurso de casación y en el art. 470.1º en relación al recurso de Infracción procesal) de conformidad con el art. 208.4º de la L.E. Civil.

De conformidad con la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2000 para la interposición de los recursos anteriormente mencionados será precisa la constitución de depósito en la cuenta de esta Sección num. 1895 0000 00 núm. de procedimiento.

Dentro del plazo legal devuélvase las actuaciones al Juzgado de procedencia junto al testimonio de la presente resolución para su ejecución y cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por la Ilma. Magistrada Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Secretario Judicial, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEJUD