



Roj: **SAP SS 772/2016 - ECLI:ES:APSS:2016:772**

Id Cendoj: **20069370032016100284**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Donostia-San Sebastián**

Sección: **3**

Fecha: **05/09/2016**

Nº de Recurso: **3091/2016**

Nº de Resolución: **207/2016**

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: 20.05.2-15/000302

NIG CGPJ / IZO BJKN :20069.42.1-2015/0000302

A.p.ordinario L2 / E_A.p.ordinario L2 3091/2016

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Donostia / Donostiako Lehen Auzialdiko 7 zk.ko Epaitegia

Autos de Procedimiento ordinario 22/2015 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: BANCO SANTANDER S.A.

Procurador/a/ Prokuradorea:PABLO JIMENEZ GOMEZ

Abogado/a / Abokatua: JOSE MANUEL CORTES TAMES

Recurrido/a / Errekurritua: Adrian

Procurador/a / Prokuradorea: ELENA GARCIA DEL CERRO CORREDERA

Abogado/a/ Abokatua: JUAN LUIS ALFARO ZUBILLAGA

SENTENCIA Nº 207/2016

ILMOS/AS. SRES/AS.

Dª. JUANA MARÍA UNANUE ARRATIBEL

D. IÑIGO SUAREZ DE ODRIUZOLA

Dª. MARÍA DEL CARMEN BILDARRAZ ALZURI

En DONOSTIA / SAN SEBASTIAN, a cinco de septiembre de dos mil dieciséis.

La Audiencia Provincial de Gipuzkoa - Sección Tercera, constituida por los/as Ilmo/as. Sres/as. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento ordinario 22/2015 del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Donostia, a instancia de BANCO SANTANDER S.A. - apelante -, representado por el/ Procurador Sr. PABLO JIMENEZ GOMEZ y defendido por el Letrado Sr. JOSE MANUEL CORTES TAMES, contra D. Adrian - apelado -, representado por la Procuradora Sra. ELENA GARCIA DEL CERRO



CORREDERA y defendido por el Letrado D. JUAN LUIS ALFARO ZUBILLAGA; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 4-4-16.

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 número 7 de San Sebastián, se dictó sentencia con fecha 4-1-2016, que contiene el siguiente FALLO:

"Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. García del Cerro, en representación de D. Adrian, frente a Banco Santander S.A, DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad por error en el consentimiento de contrato concertado con la demandada para la adquisición de los valores AFS Fagor Y DEBO CONDENAR Y CONDENO a la demandada a devolver al actor la cantidad de 32.425 euros, debiendo a su vez los demandantes devolver a la demandada los títulos adquiridos y los rendimientos netos percibidos de los mismos durante la vigencia del contrato. Asimismo se imponen a la entidad demandada los intereses legales devengados por las sumas invertidas desde la fecha de formalización del contrato, intereses que a su vez se compensarán con los devengados por los rendimientos que el actor ha percibido de los títulos. Se imponen a la parte demandada las costas del procedimiento".

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 4-4-16 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 el ltma. Sra. Magistrada D^a. MARÍA DEL CARMEN BILDARRAZ ALZURI.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los hechos probados y los razonamientos de la resolución de instancia en lo que no se opongan a los que a continuación se exponen y;

PRIMERO.- El objeto de la presente resolución viene constituido por la Sentencia de instancia que estima la acción de anulación contractual por concurrencia de error vicio de consentimiento ejercitada subsidiariamente a la acción de nulidad de pleno derecho en la demanda rectora del proceso formulada por la representación procesal de D. Adrian, con las consecuencias legales inherentes, alzándose frente a la misma la representación procesal de "Banco Santander S.A." en solicitud del dictado de nueva Sentencia estimando el recurso de apelación ordenando la revocación de la Sentencia dictada en la instancia, desestimando íntegramente la demanda, absolviendo a la demandada de todos sus pedimentos, con expresa imposición de costas de la primera instancia a la en su día parte actora.

En el recurso de apelación, tras un apartado preliminar, se esgrimen los siguientes motivos de recurso:

1º.- Primer motivo: Disconformidad con el planteamiento de la Sentencia y errónea valoración de la prueba.

2º.- Segundo Motivo: La acción de anulabilidad que no ha sido estimada estaba caducada.

La representación procesal de D. Adrian formula oposición en tiempo y forma manteniendo, en apretada síntesis, la absoluta corrección de la resolución recurrida, negando la concurrencias de las excepciones opuestas de contrario, la corrección en la valoración de la prueba y el juicio valorativo de los hechos por parte de la Juzgadora de Instancia, 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 solicita se dicte Sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso de apelación confirmándose la Sentencia objeto de interpelación, en todos sus extremos, con expresa imposición de costas a "Banco Santander S.A.".

SEGUNDO.- En orden a abordar por razones de sistemática y orden jurídico el motivo de apelación a través del cual se combate el pronunciamiento de la resolución recurrida que rechaza la excepción de caducidad de la acción de anulación por error vicio del consentimiento, la primera consideración que ha de hacerse necesariamente por exigirlo los alegatos de la recurrente acerca del contrato cuya declaración de nulidad se insta en el suplico de la demanda y ha sido objeto del pleito, es que a la parte apelante ninguna duda le asistió la concreción del objeto del petitum, bastando con leer la contestación a la demanda para comprobar la defensa que perfectamente ejercita de las pretensiones deducidas en su contra por la demandante, y de



hecho, al hacerlo, opuso la excepción de falta de legitimación pasiva con fundamento en no ser parte de la relación jurídica material ó de fondo, la ajeneidad de la relación contractual cuya nulidad se insta, y la Sentencia de instancia tras declarar que la entidad demandada apelante se halla pasivamente legitimada para soportar la pretensión de nulidad que se dirige contra ella, rechazando la excepción opuesta, resuelve sobre el fondo de la cuestión litigiosa aquietándose a lo que ha constituido el objeto del pleito, por lo que en esta alzada no pueden aceptarse para sustentar la impugnación del pronunciamiento de instancia sobre la caducidad de la acción de anulabilidad las consideraciones que se esgrimen sobre confusión por la Juzgadora de Instancia de las relaciones jurídico-contractuales entre el actor y la demandada y entre el actor y la entidad emisora de las AFSF y sobre una pretendida declaración de nulidad de la orden de compra con abstracción del contrato de adquisición ó suscripción de las AFSE, máxime cuando el recurso de apelación no tiene por objeto la impugnación del pronunciamiento que desestima la excepción de falta de legitimación pasiva.

No obstante y "ad cautelam " y para evitar un postrer recurso solicitando la subsanación/complemento de la sentencia o tachando la misma de incongruente, se dirá que la decisión de la Juez de Instancia al rechazar la falta de legitimación pasiva se encuentra en absoluta sintonía con el que criterio viene manteniendo este Tribunal y la doctrina del Tribunal Supremo.

En efecto esta Sala se ha pronunciado de forma reiterada y constante rechazando la excepción de falta de legitimación pasiva en supuestos idénticos al de autos de suscripción de AFS con la sola intervención de la entidad bancaria colocadora, como es el caso, pudiendo citarse a título meramente ejemplificativo entre otras muchas, las Sentencias de 25-11-2013 , 4-9-2014 , 24- 10-2014 , 19-12-2014 , 2-2-2015 , 4-2-2015 , 31-3-2015 , 10-6-2015 , 30-6-2015 , 6-7-2015 , 27-7-2015 rec. N° 3254/15 y rec. N° 3246/15 , 30-9-2015 , 21 y 30 de Diciembre de 2015 , 22 , 25 y 29 de Enero de 2016 y las más recientes de 27 y 28 de Junio 2016 . Y no se dejará pasar la oportunidad para poner de relieve que la entidad Banco Santander fue parte apelante, entre otros, en los procedimientos en los que recayeron las Sentencia de 25 de Noviembre 2013 (rollo de apelación 3338/13) , 24 de Octubre de 2014 (rollo de apelación 3291/14) , 10 de Junio 2015 (rollo de apelación 3147/15) y Sentencia de 6-7-2015 (rollo de apelación 3216/15) sustentado la falta de legitimación pasiva sobre la misma argumentación que ahora esgrime, habiéndose aquietado al pronunciamiento de esta Audiencia.

La respuesta en este caso no puede ser sino la misma en atención al resultado de lo actuado en las presentes actuaciones.

No ofrece duda que la acción de nulidad por error vicio en el consentimiento ejercitada en la demanda y acogida por la resolución recurrida, se refiere a la adquisición ó suscripción de aportaciones financieras subordinadas de Fagor vehiculizado a través de la orden de compra de 14-7-06.

Igualmente no ofrece duda que a través de una sola formación de voluntad, cabe añadir originada en unidad de acto, se da lugar a la formación de diversas relaciones jurídicas, en cuanto formada la voluntad de compra de las AFSF, la orden de compra y el contrato de depósito y administración de valores (éste último si no se hubiere suscrito previamente con ocasión de la adquisición ó tenencia de otros valores) son relaciones jurídicas inexorablemente vinculadas a la contratación de las AFS en el entendido que se generan por razón de la voluntad de compra de estas últimas, sin la cual no se hubieran suscrito.

Partiendo de ello, ciertamente el planteamiento general de la parte apelante de la existencia de relaciones jurídicas diversas es correcto.

Así pueden distinguirse las siguientes relaciones: por una parte entre el Banco Santander y el cliente derivada de la orden de compra, las relaciones entre el Banco Santander y el emisor (cuyo exacto alcance se desconoce al no obrar en autos prueba del contenido contractual), y por otra parte el contrato de adquisición por el cliente de las AFS.

Es sobre el último de los contratos sobre el se cierne la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Banco Santander alegando que dicho contrato vincula al actor en cuanto adquirentes de las AFS y a "Fagor Electrodomésticos Sociedad Cooperativa" como entidad emisora, habiéndose limitado Banco Santander a suscribir ó adquirir las AFS en Litis en ejecución de la orden dada y por cuenta y en nombre de los demandantes, en suma, a actuar como mera intermediaria.

Y es éste aspecto el que no puede compartirse, al no estimarse acreditado que la actuación de Banco Santander en la suscripción de las AFSF se circunscribiera al cumplimiento de la orden de compra por parte de los demandantes y extramuros totalmente del marco de la relación contractual con la entidad emisora.

No puede hacerse abstracción que la prestación de servicios de colocador tendente a captar clientes suscriptores de las aportaciones financieras subordinadas a cambio de una comisión integra el objeto propio del mandato ó comisión mercantil, y que el mandato o comisión mercantil puede desempeñarse contratando en nombre propio o en el del comitente (art. 245 C. de C.). Igualmente señalaremos en relación a los deberes



legales de información que en el ámbito de la comisión mercantil el artículo 259 del Código de Comercio establece que el comisionista deberá observar lo establecido en las Leyes y Reglamentos respecto a la negociación que se le hubiere confiado.

Y es desde esta perspectiva de la relación entre Banco Santander y Fagor, que la demandada recurrente no justifica en debida forma su falta de legitimación pasiva, debiendo recordarse que la causa constitutiva de un hecho obstativo a la acción debe ser completamente acreditada y que tal prueba compete a la demandada, amén que la parte demandante que únicamente se ha relacionado con Banco Santander no conoce ni tiene porqué conocer las relaciones entre la demandada y la entidad emisora.

Los datos fácticos con los que nos encontramos son que Banco Santander ostenta la condición de entidad colocadora de las AFSF objeto de suscripción percibiendo la demandada en contraprestación una comisión de colocación, por lo que puede inferirse que la oferta a la demandante de las aportaciones financieras subordinadas se encuadra en el marco de las obligaciones asumidas con Fagor, que en la suscripción de las AFS litigiosas ninguna intervención tuvo la entidad emisora y sí solo Banco Santander, y que no consta que Banco Santander actuara en nombre de Fagor, por lo que la actuación de Banco Santander frente al cliente con ocasión de la contratación de las AFSF en Litis, es la de quien actúa en nombre propio y no en nombre de "Fagor Electrodomésticos Sociedad Cooperativa", como entidad emisora.

Si a ello se une que el error vicio del consentimiento invocado como causa de anulación contractual habría sido motivado por la actuación de Banco Santander en relación a los deberes legales de información que le incumben en su actividad de intermediación en el mercado financiero y no por la entidad emisora, la conclusión que debe alcanzarse es que la entidad demandada apelante se halla pasivamente legitimada para soportar la pretensión de nulidad de la suscripción de las aportaciones financieras subordinadas que se dirige contra ella y consiguiente obligación restitutoria que dimana del art. 1303 CC de acogerse aquella.

Llegados a este punto, citaremos sendos Autos del Alto Tribunal de 15-7-2015 rec. 99/2015 y rec. 1272/2014, resolviendo el primero de ellos la inadmisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos contra sentencia recaída en un juicio ordinario en el que se ejercita también acción de nulidad de contrato de adquisición de productos subordinados, y el segundo en el mismo sentido, también contra sentencia recaída en un juicio ordinario en el que se ejercita también acción de nulidad de contrato de adquisición de productos subordinados. En ambos casos se esgrime por las entidades bancarias (a la sazón, BBVA y Caja Laboral) como segundo motivo de casación la falta de legitimación pasiva "ad causam" e infracción del art. 1303 CC, y el Tribunal Supremo, entre otros extremos, y en lo que aquí interesa concluye que las sentencias recurridas no se oponen a la jurisprudencia más reciente de la Sala 1ª (art. 483.2.3º, en relación con el art. 477.2.3 de la LEC) por lo siguiente:

"Respecto del motivo segundo, en el que se alega la vulneración del art. 1303 CC porque BBVA no es parte del contrato de suscripción de las AFS de Eroski, siendo una mera intermediaria, porque tampoco se observa contradicción con la doctrina de esta Sala que considera responsable a las entidades bancarias comercializadoras de productos de otra entidad, como es el caso del banco islandés Landsbanki (, de la entidad norteamericana Lehman Brothers y el banco islandés Kaupthing (STS de 10 de septiembre de 2014, RC 2162/11) o de seguros de vida "unit linked" ((RCIP 2290/2012 , antes citada), entre otras, disponiéndose en la segunda de las resoluciones citadas que «(l)a actuación de BES al proponer a sus clientes invertir en productos **estructurados** emitidos por Lehman Brothers o el banco Kaupthing mediante la suscripción de seguros de vida "unit- linked", incumplió las exigencias derivadas de dicha normativa, al no informar adecuadamente sobre la naturaleza de los productos contratados y la naturaleza exacta de los riesgos asociados a tales productos. Como decíamos en la sentencia núm. 244/2013 , "este incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida"...» y en la de 12 de enero de 2015 que «(l)a consecuencia de lo expuesto es que Banco Santander está legitimado pasivamente para soportar la acción de anulación del contrato por error vicio del consentimiento, que además habría sido motivado por su actuación y no por la de Cardiff. De lo contrario, se estaría permitiendo a Banco Santander prevalerse de una estructura comercial artificial y meramente formal, que encubre una inversión en fondos emitidos por empresas de su grupo, para dificultar la satisfacción de los legítimos derechos de sus clientes."

Por todo lo cual, este Tribunal ratifica el pronunciamiento de instancia que no acoge la posición de la ahora apelante negando su legitimación pasiva.

TERCERO.- Desde lo que antecede, el rechazo de los argumentos de la recurrente a través de los cuales se sostiene la caducidad de la acción con fundamento en el transcurso del plazo prevenido en el art. 1301 CC desde que se ejecutara la orden de compra se impone, siendo que la razón decisoria de la Juez de Instancia



por la que desestima la excepción se encuentra en absoluta sintonía no ya con el que criterio que viene manteniendo este Tribunal sobre 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, sino con el establecido por el Tribunal Supremo en la Sentencia del Pleno de 12-1-2015 .

En efecto, este Tribunal tiene establecido de forma reiterada en supuestos de acción de anulación contractual por vicios del consentimiento de productos idénticos ó similares al presente (a título meramente ejemplificativo las Sentencias de 25 de Noviembre 2013 , 24 de Octubre de 2014 , 14 de Abril 2014 , 14 de Mayo de 2014 , 23 de Julio de 2014 , 24 de Octubre de 2014 , 20 y 30 de Abril 2015 , 10 y 30 de Junio de 2015 , 6 y 27 de Julio de 2015 , 30 de Septiembre 2015 , 21 y 30 de Diciembre de 2015 , 22 y 25 de Enero de 2016 , y las más recientes de 26 y 27 de junio de 2016 y 30 de junio de 2016) 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.

Y haciéndonos eco de la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 12-1-2015 , matizando en este punto los razonamientos de la Juzgadora de Instancia diremos que 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 de tracto único a efectos de la apreciación de la excepción de caducidad de la acción.

En la resolución recurrida se invoca de forma expresa la precitada Sentencia del Alto Tribunal y transcribe el apartado 5 del FJ QUINTO, en la que se examina el cómputo del plazo para ejercitar la acción de anulación de contratos financieros o de inversión complejos por error en el consentimiento ante las distintas posturas existentes en las Audiencias Provinciales, por lo que a fin de no incurrir en reiteraciones innecesarias se da por reproducido.

Añadir que dicha doctrina ha sido ratificada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 7-7-2015 , deviniendo en jurisprudencia, en un supuesto de compra de un **bono** Lehman Brothers Treasury Co, B.V. y en el que la Sentencia de la Audiencia Provincial, revocando la de instancia, aprecia caducidad de la acción de nulidad por error en el consentimiento entendiendo que el contrato objeto de anulación se consumó con la adquisición del **bono**, argumentado el Alto Tribunal que el comienzo del plazo de ejercicio de la acción de anulación por vicio en el consentimiento no podía computarse, como entendió la Audiencia, desde que se perfeccionó el contrato de adquisición del **bono** senior, sino desde que la demandante conoció la circunstancia sobre la que versa el error vicio que invoca como motivo de anulación.

Y la ulterior Sentencia de 16-9-2015 , en relación a un producto estructurado, ha confirmado esta doctrina jurisprudencial, en el concreto aspecto del día inicial del cómputo del plazo para el ejercicio de estas acciones.

Atendiendo a la doctrina jurisprudencial precedente, en el presente caso la resolución recurrida fija como momento en que el demandante tuvo conocimiento de los elementos determinantes del error en fechas próximas a finales de 2012 ó principios de 2013, fecha en la que el Sr. Adrian deja de percibir los rendimientos del producto, lo que la parte apelante no combate propiamente en el recurso por cuanto no contiene una argumentación crítica directamente dirigida contra la resolución recurrida para evidenciar su posible error sobre dicho hecho, sino que lo que viene a argumentar es haber informado de los riesgos del producto a fecha de suscripción de la orden de compra y ser el actor conocedor de los mismos ó desconocerlos por no haber leído la documentación contractual, lo cual sin embargo implicaría la inexistencia de error invalidante del consentimiento ó su carácter inexcusable y no que el demandante en aquella fecha fue consciente del error invocado como causa de nulidad.

Por todo lo cual, se confirma también el pronunciamiento de la resolución recurrida que rechaza la excepción de caducidad de la acción opuesta.

CUARTO.- Llegados a este punto, y previamente a entrar en el fondo del asunto, prima facie señalaremos que en la resolución recurrida se efectúa un análisis de la normativa de aplicación a la fecha de suscripción de las AFS en Litis, así como de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el error vicio del consentimiento, con cita de la Sentencia de 21-12-2012, y 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, con cita de la Sentencia de 17-2-2014 . La exposición es correcta, compartiendo la Sala cuanto en aquélla se expone, dándolo por reproducido, no obstante vertebrando la parte apelante el recurso sobre la errónea apreciación de la prueba y consiguiente juicio valorativo acerca de la concurrencia de los requisitos del error como vicio del consentimiento con eficacia invalidante de la contratación, incidiendo en la exposición de la resolución de instancia, se estima de adecuada cita la más reciente Sentencia del Tribunal Supremo 16-9-2015 en cuanto viene a compendiar las Sentencias que han consolidado la doctrina jurisprudencial en relación a la materia cuando de se trata productos financieros complejos y de riesgo,



habiendo recaído además en un supuesto similar al presente en que se ejercitaba la acción de nulidad contractual por error vicio del consentimiento de una orden de compra de participaciones preferentes de Landbanski Island:

"QUINTO.- El error vicio del consentimiento en los contratos de inversión.1.- Las sentencias del Pleno de esta Sala num. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y num. 769/2014, de 12 de enero , recogen y resumen la jurisprudencia dictada en torno al error vicio. Afirmábamos en esas sentencias, con cita de otras anteriores, que hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

El respeto a la palabra dada ("pacta sunt servanda") impone la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y quien lo sufrió pueda quedar desvinculado. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos, recogidos en la regulación contenida en el Código Civil (EDL1889/1) y en la jurisprudencia dictada en esta materia.

Es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que la equivocación se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

2.- El art. 1266 del Código Civil dispone 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, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 del Código Civil) (EDL1889/1). La jurisprudencia ha exigido que el error sea 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 (sentencia núm. 215/2013, de 8 abril).

3.- El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. El Código Civil no menciona expresamente este requisito, pero se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe. La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba al contratar. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

En definitiva, el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración.

4.- En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, 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 las citadas sentencias num. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y num. 769/2014, de 12 de enero , entre otras.

5.- 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 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.

6.- En el caso enjuiciado, la valoración de la prueba realizada por la sentencia recurrida en apelación (no olvidemos que este tribunal ha asumido la instancia y no está sujeto a las limitaciones del recurso extraordinario por infracción procesal en la revisión de la valoración de la prueba) es fundamentalmente acertada. Por otra parte, las razones que llevaron a la Audiencia Provincial a revocar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, más que relacionadas con la valoración de la prueba, estuvieron fundadas en una aplicación incorrecta de la carga de la prueba en relación a aquellos extremos sobre los que no existía prueba (si Bankinter había dado a la demandante más información sobre el producto que adquiriría que la que aparecía en la orden de compra), que ya ha sido resuelta en el recurso extraordinario por infracción procesal, y en una valoración jurídica de la cuestión que esta Sala no considera correcta.

La información suministrada por Bankinter a la demandante es insuficiente y no se ajusta a los parámetros exigidos por la normativa que entonces estaba vigente.

Sobre este particular, las sentencias de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre, y num. 769/2014, de 12 de enero de 2015, declararon que, en este tipo de contratos, la empresa que presta servicios de inversión tiene el deber de informar, y de hacerlo con suficiente antelación. El art. 11 de la 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 cuando 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 adquirió el producto porque le fue ofrecido por el empleado de Bankinter. Para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato "ad hoc" para la prestación de tal asesoramiento, como parece entender la sentencia de la Audiencia Provincial, remunerado, como pretende la apelante, ni que esta inversión cayera dentro de un contrato de gestión de carteras suscrito por la demandante y Bankinter. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión, que sea esta la que ofrezca el producto a su cliente recomendándole su adquisición.

En este caso, no consta que hubiera esa información previa, y ni siquiera la información que aparecía en la orden de compra prerredacta por Bankinter, que fue el documento que se presentó a firma a la demandante, era adecuada, puesto que no se explicaba cuál era la naturaleza del producto adquirido, no se identificaba adecuadamente al emisor de las participaciones preferentes, los datos que se contenían ofrecían una información equivocada, o cuanto menos equívoca, sobre la naturaleza del producto (como era la del plazo, cuando en realidad se trataba de participaciones perpetuas), y no se informaba sobre los riesgos del producto.

7.- En el caso objeto del recurso, la tesis de la Audiencia Provincial, que asume lo declarado sobre este particular por otra sentencia de otra sección de la Audiencia de Madrid, consiste en que « (n)o se puede apreciar, por tanto, conducta negligente en Bankinter por no conocer ni informar a su cliente sobre un posible riesgo de insolvencia de los Bancos islandeses que le era desconocido ».

La afirmación no se considera correcta, puesto que una cosa es que Bankinter, cuando ofreció a la demandante la contratación de las participaciones preferentes, no pudiera saber que el banco islandés iba a entrar en una situación de insolvencia, y otra diferente es que sí conocía que existía ese riesgo de insolvencia, puesto que se trataba de una inversión que no se encontraba cubierta por ningún fondo de garantía ni por la propia Bankinter, y que además la entidad de cuya solvencia dependía que la demandante no perdiera su inversión no se encontraba supervisada por la autoridad española.

Por su parte, la recurrida, Bankinter, afirma que no era preciso advertir del riesgo de crédito porque es un riesgo inherente a todo mercado de capitales e incluso a toda relación jurídica que implique una prestación diferida. Tal tesis no puede admitirse. Era necesario que la empresa de servicios de inversión informara a la cliente, con suficiente antelación y en términos comprensibles, del riesgo de pérdida de la inversión en caso de insolvencia del emisor porque Bankinter no garantizaba la inversión y por la inexistencia de fondo de garantía alguno.

Como afirmábamos en nuestra sentencia núm. 460/2014, de 10 de septiembre, de Pleno, la entidad con la que contrataba la demandante, un banco (en este caso Bankinter), lleva asociada claras connotaciones de seguridad en la contratación por la existencia de una fuerte supervisión pública, y la existencia de fondos de garantía frente a su insolvencia que cubren, al menos, parte de los créditos de los clientes frente a ese tipo de entidades. Por tanto, no puede aceptarse que para la demandante fuera obvio que la recuperación del dinero que invertía pudiera verse impedida por la insolvencia de una entidad radicada en Islandia, no sometida a la supervisión de autoridad española alguna y no cubierta por ningún fondo de garantía. De hecho, como se verá, la Directiva comunitaria desarrollada por la normativa interna entonces vigente establecía la obligación de informar sobre si existía un fondo de garantía o protección equivalente para la inversión contratada. En estas circunstancias, para excluir la existencia de un error invalidante del consentimiento no basta con la conciencia más o menos difusa de estar contratando un producto de riesgo, en cuanto que es una inversión. Es preciso conocer cuáles son esos riesgos, y la empresa de servicios de inversión está obligada a proporcionar una información correcta sobre los mismos no solo porque se trate de una exigencia derivada de la buena fe en la contratación, sino porque lo impone la normativa sobre el mercado de valores, que considera que esos extremos son esenciales y que es necesario que la empresa de inversión informe adecuadamente sobre ellos al cliente.

8.- Dijimos en las sentencias de Pleno num. 840/2013, de 20 de enero de 2014, 460/2014, de 10 de septiembre, y 769/2014 de 12 enero de 2015, 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 de la Ley del Mercado de Valores 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 (...). ».

Por tanto, aunque tras la reforma operada por la transposición de la Directiva MiFID, el nuevo art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores sistematiza mucho más la información a recabar por las empresas de inversión de sus clientes, con anterioridad a dicha reforma ya existía esa obligación de informarse sobre el perfil de sus clientes y las necesidades y preferencias inversoras de estos.

La previsión contenida en el anterior art. 79 de la Ley del Mercado de Valores desarrollaba 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».

9.- El incumplimiento por la demandada del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a su cliente, 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 las sentencias de Pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 460/2014, de 10 de septiembre, «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 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 ».

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, 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.

10.- Tampoco se considera correcta la afirmación de la sentencia de la Audiencia en el sentido de que no existe error excusable que vicie el consentimiento porque la demandante podía haber acudido a los datos que facilita la Comisión Nacional del Mercado de Valores para obtener la información adecuada sobre el instrumento financiero que contrataba.



Como ya declaramos en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril , y 769/2014, de 12 de enero de 2015 , 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 la 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. Menos aún cuando se afirma que tal información podía haberla solicitado no ya a la empresa de inversión, sino a organismos públicos, cuya obligación (y capacidad) de informar a los particulares sobre los pormenores de sus concretas inversiones potenciales es, cuanto menos, dudosa.

11.- Bankinter cuestionó también el perfil inversor de la demandante (una señora jubilada que en el momento de la inversión tenía unos 76 años), puesto que había contratado otros productos de inversión de similares características en cuanto a riesgos.

No existe prueba adecuada de que la demandante tuviera el perfil de inversora experta que le atribuye Bankinter y que fue aceptado por la Audiencia. Como ya declaramos en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril , y 769/2014, de 12 de enero de 2015 , la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto. El hecho de tener un patrimonio considerable, o que la demandante hubiera hecho algunas inversiones no la convierte tampoco en cliente experta, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera a la demandante una información adecuada para contratar el producto conociendo y asumiendo los riesgos de una inversión compleja y sin garantías. La contratación de algunos productos de inversión con el asesoramiento de Bankinter, sin que el banco pruebe que la información que dio a la cliente fue mejor que la que suministró en el caso objeto del recurso, y en concreto, que fue la exigida por la normativa del mercado de valores, solo puede indicar la reiteración de la entidad financiera en su conducta incorrecta, no el carácter experto del cliente.

12.- En definitiva, el consentimiento fue viciado por error por la falta de conocimiento adecuado del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente que lo contrata una representación mental equivocada sobre las características esenciales del objeto del contrato, debido al incumplimiento por la empresa de inversión demandada de los deberes de información que le impone la normativa del mercado de valores cuando contrata con clientes respecto de los que existe una asimetría informativa".

QUINTO.- Establecidas dichas premisas jurisprudenciales, pasando a analizar el fondo de la cuestión litigiosa, centrándose la apelación en la errónea valoración de la prueba, como punto de partida debe señalarse 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. Dentro del complejo proceso lógico o intelectual que constituye la valoración de la prueba, además del análisis de las pruebas aportadas o desenvueltas para establecer lo que en substancia expresa cada medio probatorio-o cabe inferir razonablemente de él-, el juzgador debe constatar cuál sea, de acuerdo con las prescripciones del ordenamiento, su concreta eficacia y trascendencia. Desde esta perspectiva, debe señalarse que la Ley no dispensa a todos los medios de prueba de idénticos vigor y eficiencia. Antes bien, asigna a unos un valor reglado o tasado como acontece con ciertos aspectos de los documentos imponiendo al Juzgador un determinado criterio de valoración, abstracción hecha por tanto de cuál pueda ser el grado de persuasión subjetiva ó convencimiento del juzgador (artículos 319 a 323 LEC y art. 316 por remisión al art. 319 LEC); en tanto que, para otros entre los que se encuentra la prueba personal confía al órgano jurisdiccional la formación discrecional - que no arbitraria- de su convencimiento (la estimación en conciencia no ha de hacerse equivalente a un cerrado e inabordable criterio íntimo y personal del Juez, sino a una apreciación lógica de la prueba no exenta de pautas y directrices de rango objetivo).

Y como de forma reiterada tiene declarado esta Sala, 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 intermediación 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, 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, 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.

Pues bien, habiendo efectuado un nuevo examen de lo actuado y argumentos de las partes en sus respectivos escritos de alegaciones tanto en la instancia como en apelación, este Tribunal en la labor de supervisión de la razonabilidad del discurso valorativo de la prueba y el relato fáctico resultante, entiende que la valoración probatoria efectuada por la Juzgadora de Instancia es correcta, sin que quepa apreciar error fáctico ni jurídico alguno en la Sentencia recurrida, debiendo resaltarse desde este momento que tras exponerse el resultado de las pruebas practicadas a instancia de ambas partes, prueba documental, interrogatorio del demandante y testifical de la Sra. Herminia , se ofrece una respuesta concreta, razonada y razonable al planteamiento realizado por ambas partes en sus respectivos escritos iniciales, con argumentos que no pueden si no ser respetados por este Tribunal y a los que bastaría remitirnos para evitar repeticiones, ya que las objeciones que la parte apelante opone no gozan de la habilidad material necesaria para modificar la decisión de la Juez de Instancia, que aparece suficientemente expresada en la resolución recurrida.

Como recuerda la Sentencia del T.S. de 30 de julio de 2008 : "La doctrina jurisprudencial admite la fundamentación por remisión; así, si la resolución de primer grado es acertada, la que confirma en apelación no tiene por qué repetir o reproducir los argumentos, y sólo, en aras de la economía procesal, debe corregir aquéllos que resulten necesarios (STS de 16 de octubre de 1992); una fundamentación por remisión no deja de ser motivación, ni de satisfacer la exigencia constitucional de tutela judicial efectiva, lo que sucede cuando el Juez "ad quem" se limita a asumir en su integridad los argumentos utilizados en la sentencia apelada, sin incorporar razones jurídicas nuevas a las ya empleadas por aquélla".

No obstante la remisión a la resolución recurrida, y a fin de agotar el razonamiento respecto a aquellos aspectos en que se centra la discrepancia de la parte recurrente y aún a riesgo de incurrir en reiteración de los argumentos de la resolución recurrida, la Sala necesariamente ha de comenzar señalando que habiendo constituido el eje neurálgico de la controversia en la instancia si ha existido una falta de información con relevancia para viciar el consentimiento contractual en relación a la suscripción de las AFSF ó por el contrario, como mantiene la parte demandada-apelante, la parte actora tuvo cabal conocimiento tanto de las características como de los riesgos del producto financiero contratado en base a la capacidad y conocimientos y experiencia inversora del demandante y por haber cumplido la entidad bancaria con las obligaciones de información que le incumbían, sorprende a la Sala el alegato de la apelante sobre el indebido planteamiento de la Sentencia al abordar la Litis desde la perspectiva del análisis de la información que se facilitó al actor antes de invertir, y la procedencia de efectuar un análisis del comportamiento del demandante tras la contratación, además del hecho de la percepción de intereses sin queja alguna, en cuanto evidencia que no puede considerarse acreditado que en el momento de la contratación desconociera unas características de la inversión, sin perjuicio de la información previa facilitada.

Y sorprende más si cabe dicho alegato (aunque preliminar y por tanto no motivo de recurso, sí base del mismo) cuando a continuación en el desarrollo argumental del motivo relativo a la errónea valoración de la prueba, no se llega a advertir cuáles sean esos hechos posteriores a la suscripción de las AFSF, al margen de la percepción de los rendimientos, de los que según se sostiene puede inferirse la inexistencia de la representación mental equivocada alegada en la demanda y en la que se funda la pretensión de anulación contractual.

Dicho ello, y por exigirlo los argumentos de la recurrente sobre el rebasamiento en la Sentencia de instancia del desplazamiento de la carga de la prueba, deben dejarse sentadas asimismo desde este momento las dos siguientes consideraciones.

La primera, que teniéndose presente el principio de aportación de parte y reglas sobre distribución de carga de la prueba, es la parte actora la que debe alegar los hechos que son el supuesto base de la norma cuya aplicación pide y a la que le incumbe su cumplida acreditación en cuanto hechos constitutivos de su acción, de forma que como mantiene la parte apelante la prueba del error que invalida el consentimiento recae sobre la parte actora, no bastando la mera alegación de incumplimiento por la entidad bancaria de las obligaciones de información para obligar a la demandada a acreditar lo contrario, es decir, que nos encontramos ante el supuesto normal en el cual el consentimiento resulta prestado con conocimiento de causa.

Ahora bien, igualmente lo es que sobre la parte demandada recae la prueba de los hechos obstativos, impositivos o extintivos, y en lo que hace al caso, más en concreto, la carga de la prueba de haber proporcionado al demandante la información necesaria para que pudiera prestar un consentimiento cabal e informado sobre las características del producto y del riesgo que asumía en la operación que iban a contratar.



Además de que para la actora la ausencia de información es un hecho negativo, de imposible o difícil prueba, mientras la disponibilidad y facilidad probatoria para acreditar el cumplimiento de tal obligación está bajo la órbita de control de la entidad financiera (art. 217.7 LEC).

Debiendo recordarse en este punto que atendiendo precisamente a la importancia que tiene la información en este ámbito, de forma reiterada el Tribunal Supremo viene declarando que la omisión en el cumplimiento de los deberes de información que la normativa general y sectorial impone a la entidad bancaria permite presumir en el cliente no profesional la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y los riesgos asociados, que vicia el consentimiento. Presunción ésta que puede ser desvirtuada por la prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del producto y los riesgos que lleva asociados, en cuyo caso ya no concurre la asimetría informativa relevante que justifica la obligación de información que se impone a la entidad bancaria o de inversión y que justifica el carácter excusable del error del cliente.

La segunda, en directa relación, que de la lectura de la resolución recurrida (razonamientos jurídicos octavo y noveno), se infiere claramente que la razón decisoria de la Sentencia de instancia viene constituida por concluir probado la Juez "a quo" la falta de cumplimiento por Banco Santander de la obligación informativa que le incumbía con el alcance y precisión necesarios acerca de las características y riesgos reales del producto en atención al perfil del demandante y que ello permite concluir la concurrencia del error vicio en el consentimiento alegada en la demanda y en la que se funda la pretensión de anulación contractual, representación mental equivocada sobre el vencimiento ó carácter perpetuo del producto y el riesgo de falta de liquidez, así como su excusabilidad, teniendo en cuenta que el único conocimiento que tienen aquellos del producto se sustenta en la información facilitada por la entidad demandada legalmente obligada a facilitarla.

Por lo que ningún rebasamiento se aprecia en cuanto a las reglas sobre carga de la prueba.

Dando respuesta a los alegatos del recurso sobre errónea valoración de la prueba, recordaremos que las AFS son un producto complejo y de riesgo en la medida que son aportaciones de recursos propios, es decir, entregas de dinero voluntario y a fondo perdido a la entidad emisora, disponiendo su regulación 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).

La propia CNMV ha indicado sobre las participaciones preferentes, lo que es igualmente predicable de las aportaciones financieras subordinadas al respecto de su complejidad y riesgo, que "son valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada. Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido.... Las PPR no cotizan en Bolsa. Se negocian en un mercado organizado...No obstante, su liquidez es limitada, por lo que no siempre es fácil deshacer la inversión..."

El Tribunal Supremo en Sentencia de 18-4-2013 en relación asimismo a las participaciones preferentes, ha dicho que «los valores negociables son activos financieros que, por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, son susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en un mercado de índole financiera (cfr. art. 3 del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre). Son bienes potencialmente fructíferos cuyo valor reside en los derechos económicos y de otra naturaleza que incorporan. Dada su complejidad, solo son evaluables en aspectos tales como la rentabilidad, la liquidez y el riesgo por medio de un proceso informativo claro, preciso y completo. La información es muy importante en este ámbito de la contratación. De ahí el estándar elevado impuesto al profesional en la normativa que ha sido examinada (se refería a una contratación previa a la transposición de la Directiva MiFID).

Asimismo recordaremos que el Tribunal Supremo tiene declarado que para conocer la naturaleza, características y riesgos de productos complejos y de riesgo como los que nos ocupan, no es suficiente la formación del simple empresario ó del mundo de la empresa, que la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto, conocimientos especializados, o al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable.



En lo que hace al caso, en cuanto al perfil del Sr. Adrian la apreciación probatoria que realiza la Juzgadora de Instancia no puede estimarse no se ajuste a los cánones de razonabilidad, que haya falta de lógica o manifiesto error, pese a los alegatos del recurso sobre la experiencia inversora del actor y de la que no deriva en todo caso como consecuencia la inexistencia de desequilibrio ó asimetría informativa en términos del Tribunal Supremo y, por ende, que nos encontramos ante un cliente no precisado de la necesaria información por parte de la entidad demandada a efectos de formación del consentimiento con conocimiento de causa, habiendo sido éste como ha quedado dicho el eje neurálgico de la controversia en esta Litis.

En todo caso, además de suscribir en su integridad los razonamientos de la resolución recurrida y aún a riesgo de su reiteración, diremos que si la parte apelante en el escrito de recurso dijéramos abandona la trascendencia que le otorgara en instancia a la capacidad y conocimientos financieros del Sr. Adrian en relación con su condición de empleado de banca en París, lo que es entendible a la vista del resultado probatorio al respecto, la Sala al valorar la argumentación crítica dirigida a combatir la resolución recurrida, no puede hacer abstracción que el Sr. Adrian contaba con 78 años a la fecha de suscripción de las AFSF en Litis, que durante su vida laboral se había dedicado a la actividad de chófer, esto es, una persona carente de formación cualificada y dedicado a actividad totalmente ajena al ámbito financiero y del mercado de valores. Lo cual es confirmado por la testigo empleada de la entidad demandada-apelante, Doña. Herminia , así como el hecho puesto de manifiesto por el Sr. Adrian , de la existencia de una dilatada relación cliente-banco a través de la persona de la Sra. Herminia , quien explica cómo ella cuando existía un dinero disponible ofrecía al demandante los productos que comercializaban y que el Sr. Adrian normalmente seguía sus recomendaciones.

Todo lo cual determina que los argumentos de la parte recurrente sobre el perfil del cliente como suscriptor de productos de renta fija como de renta variable, y cuyas concretas características la parte aquí apelante no ha tratado siquiera de acreditar, carecen de toda virtualidad a fin de evidenciar error en la valoración probatoria por la Juzgadora de Instancia.

Antes bien, en atención a las circunstancias subjetivas y actividad bancaria-financiera del demandante previa y posterior sobre la oferta de contratación a iniciativa de la empleada de Banco Santander y desconociéndose todo lo relativo al proceso de contratación de dichos productos, se estiman plenamente trasladables al presente supuesto los razonamientos de la STS de 16-9-2015 más arriba citada cuando argumenta que "-la demandante hubiera hecho algunas inversiones no la convierte tampoco en cliente experta, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera a la demandante una información adecuada para contratar el producto conociendo y asumiendo los riesgos de una inversión compleja y sin garantías. La contratación de algunos productos de inversión con el asesoramiento de Bankinter, sin que el banco pruebe que la información que dio a la cliente fue mejor que la que suministró en el caso objeto del recurso, y en concreto, que fue la exigida por la normativa del mercado de valores, solo puede indicar la reiteración de la entidad financiera en su conducta incorrecta, no el carácter experto del cliente".

Así como los de la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 12-1-2015 "el hecho alegado por Banco Santander de que la demandante hubiera hecho algunas inversiones (en los estadillos de la cartera de inversiones aportados como documento número 8 aparecen dos más, una adquisición de preferentes concertada con una diferencia de cinco días respecto del contrato que es objeto del litigio y que la demandante alega le fueron "colocadas" en la misma promoción y un fondo de inversiones del propio Banco Santander) no la convierte tampoco en cliente experta, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera a la demandante una información adecuada para contratar el producto conociendo y asumiendo los riesgos de una inversión compleja y sin garantías. La contratación de algunos productos de inversión con el asesoramiento de Banco Santander (alguno en las mismas fechas que el seguro de vida "unit linked"), sin que el banco pruebe que la información que dio a la cliente fue la exigida por la normativa del mercado de valores, solo puede indicar la reiteración de la entidad financiera en su conducta incorrecta, no el carácter experto del cliente".

En todo caso, para finalizar con este aspecto señalaremos que se presenta claro que con arreglo a la clasificación de clientes introducida por la normativa MiFID, la demandante quedaría incardinada en la categoría de cliente minorista por contraposición a la categoría de cliente profesional, debiendo recordarse que la calificación de cliente minorista se otorga a quien no tenga la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos (art. 79 bis LMV) y objeto por ello de una protección legal específica que extrema los deberes legales de diligencia y transparencia en la información por parte de la entidad bancaria respecto del cliente.

En suma, de lo actuado no puede considerarse que la experiencia inversora de la demandante permita deducir que el Sr. Adrian tuviera conocimientos o medios suficientes para deducir las características y riesgos inherentes a las AFSF objeto del pleito. No nos encontramos ante una persona con un conocimiento cualificado en materia de inversiones financieras, experimentada y activa en inversiones con riesgo, ni persona avezada en la contratación de productos financieros complejos, que propiciara que pudieran hacerse una representación



mental de la naturaleza y características y de los riesgos concretos que conlleva la contratación de las aportaciones financieras subordinadas.

Y sobre la base de lo precedente encontrándonos ante un supuesto de desequilibrio o asimetría informativa en términos del Tribunal Supremo, ello determina para la entidad bancaria una exacerbación de la observancia de una mayor diligencia a la hora de prestar la información necesaria y adecuada previamente a la suscripción del contrato, debiendo señalarse en este punto dadas las alegaciones esgrimidas en el recurso acerca de que la iniciativa para la contratación partió del Sr. Adrian , que de ello la única conclusión que cabría extraer sería la inexistencia de asesoramiento en materia de inversión como recomendación personalizada en la suscripción de las AFSF y sí sólo comercialización, pero sin que ello exima a la entidad demandada de la obligación de información con el alcance que impone la normativa reglamentaria más arriba citada, no pudiendo obviarse cómo el Tribunal Supremo tiene dicho que las entidades financieras al comercializar estos productos 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.

Por lo demás, al hilo de la argumentación de la parte apelante diremos, aunque se estima aspecto no cuestionado, que el Sr. Adrian en ningún caso declara que acudiera a Banco Santander con la firme decisión de la contratación de aportaciones financieras Fagor sobre la base de la información que le había dado su esposa, esto es, que solicitara la contratación de las AFSF siendo conocedor de sus características y riesgos, de forma que la entidad demandada quedara exonerada de su obligación de información ó que hubiere de modularse el alcance de dicha información sobre la base del conocimiento previo del Sr. Adrian . Que ello no era así resulta además de las propias explicaciones de la Sra. Herminia .

Razonado lo anterior, como viene manteniendo esta Sala en supuestos de hecho similares de clientes necesitados de información, la información precontractual es la que se presenta como la relevante. Así lo tiene dicho también ahora el Tribunal Supremo, aplicando tanto el art. 11 de la Directiva 1993/22/CEE , como el art. 5 del anexo del RD 629/93 , señalando que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente. Y que 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 ó con ocasión de su comercialización, 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. Como también tiene declarado que esa obligación de información es una obligación activa y no de mera disposición.

Información debe precisarse además adecuada al cliente conforme a su nivel de cualificación profesional y el tipo de producto y los riesgos que estaba dispuesto a asumir.

Pues bien, al respecto de la información precontractual verbal facilitada por la entidad demandada, recordaremos que la prueba personal se practica ante la Juez de Instancia y ésta tuvo ocasión de poder percibir con inmediación dichas pruebas, es decir, de estar en contacto directo con las mismas y con las personas intervinientes, y tal principio de inmediación que aparecía en la anterior LEC y con mayor rigor en actualmente vigente, debe implicar el respeto por la valoración probatoria realizada por el Juzgador de instancia, salvo que aparezca claramente una manifiesta inexactitud o manifiesto error en la apreciación de la prueba, ya que en caso contrario modificaríamos el criterio del juzgador por el interesado de la parte recurrente. En este mismo sentido se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Supremo declarando que no es admisible al apelante tratar de imponer su lógicamente parcial e interesada valoración, frente a la más objetiva y crítica del juzgador de instancia (SSTS de 21 de septiembre de 1991 , 18 de abril de 1992 , 15 de noviembre de 1997 y 26 de mayo de 2004 , entre otras muchas).

Y si bien la estimación en conciencia no ha de hacerse equivalente a un cerrado e inabordable criterio íntimo y personal del Juez, sino a una apreciación lógica de la prueba no exenta de pautas y directrices de rango objetivo, el uso que haya hecho el Juez de su facultad de libre apreciación de las pruebas practicadas en el juicio, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia, únicamente deba ser rectificado, bien cuando en verdad sea ficticio o bien cuando un detenido y ponderado examen de las actuaciones ponga de relieve un manifiesto y claro error del Juzgador de tal magnitud que haga necesaria una modificación de la realidad fáctica establecida en la resolución apelada.

Lo cual no acontece en el supuesto que nos ocupa, sin que la parte recurrente pueda pretender se otorgue preponderancia total y absoluta a la declaración de su propia empleada efectos de tener por acreditado el cumplimiento de la obligación informativa, debiendo recordarse cómo el Tribunal Supremo en Sentencia de 12-1-2015 argumenta que "no es correcto que la prueba tomada en consideración con carácter principal para



considerar probado que Banco Santander cumplió su obligación de información sea la testifical de sus propios empleados, obligados a facilitar tal información y, por tanto, responsables de la omisión en caso de no haberla facilitado".

La Juzgadora de Instancia no descalifica de plano el resultado de la testifical de la Sra. Herminia , ya que lo que concluye es que ha mediado información pero insuficiente, y en nuestra valoración, coincidiendo con la Juez "a quo", consideramos que la declaración de la precitada testigo no acredita el cumplimiento de la obligación informativa en los términos que son exigibles a la entidad financiera para que un cliente del perfil del Sr. Adrian pudiera formar su consentimiento con conocimiento de causa, por cuanto del conjunto de su declaración lo que se evidencia es que no advertía de que se trataba de un producto de riesgo, ni de forma clara y con el alcance debido del carácter perpetuo del producto ni los riesgos reales asociados a las AFSF, ya que la testigo señala que se indicaba que debía invertirse dinero que no se precisara disponer en un tiempo, lo que implica se transmitía que la inversión era recuperable a salvo el caso de quiebra de Fagor, y ninguna mención hace a que se informara de dificultades de venta en el mercado secundario ni de las circunstancias determinantes de un tal riesgo e incluso ausencia de liquidez e imposibilidad de venta, no pudiendo obviarse que como la propia testigo declara en el año 2006 las AFS cotizaban al 100 % en el mercado secundario, esto es, era un producto fácilmente realizable y recuperable el total de lo invertido, así como que en aquella época nadie pensaba que Fagor fuera a quiebra, siendo la insignia del grupo Mondragón, y que esa confianza se transmitía al Sr. Adrian .

No se planteaba la tesis de momentos económicos peores al contexto en que se produce la comercialización de las AFSF (que no necesariamente ha de circunscribirse al concurso de acreedores del emisor . Véase el caso de Eroski), cuando sin embargo este producto financiero compromete la recuperabilidad y disponibilidad del capital invertido. Y al respecto de las manifestaciones del testigo sobre el contexto económico existente al tiempo de la suscripción de las AFSF y que era impensable la quiebra de Fagor, diremos que es precisamente ello lo que determina más aún la necesidad de exacerbar el alcance de la información para que el cliente comprenda las características y riesgos reales del producto.

En este punto ha de invocarse la doctrina del Tribunal Supremo más arriba reseñada que declara que para excluir la existencia de un error invalidante del consentimiento, no basta con la conciencia más o menos difusa de estar contratando un producto de riesgo, en cuanto que es una inversión, sino que es preciso conocer cuáles son esos riesgos, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, y la empresa de servicios de inversión está obligada a proporcionar una información correcta sobre los mismos, no solo porque se trate de una exigencia derivada de la buena fe en la contratación, sino porque lo impone la normativa sobre el mercado de valores, que considera que esos extremos son esenciales y que es necesario que la empresa de inversión informe adecuadamente sobre ellos al cliente.

La deficiencia de la información precontractual verbal, no puede suplirse en virtud de la documentación contractual apareciendo la apreciación de la fuerza probatoria de dicho medio de prueba por el Juez de Instancia asimismo conforme a las reglas de la sana crítica y la conclusión adoptada lógica y sensata en el marco de la apreciación de las circunstancias concurrentes, y totalmente ajustada a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

Del examen de dicha documentación la única conclusión que puede extraerse es no contienen explicación alguna sobre la naturaleza y características de las AFSF.

La orden de compra no contiene mención alguna a las características y riesgos del producto.

En cuanto a los riesgos, únicamente en el último de los documentos, el intitulado producto rojo, se señala que el producto implica un riesgo relevante respecto a la amortización anticipada por parte del emisor, la posible pérdida del capital invertido y su liquidez. Riesgos que sin embargo no se explican en qué consisten. Si a ello se une que inmediatamente antes se consigna que la descripción del producto y la documentación del mismo requieren la utilización de términos y expresiones técnicas y complejas y que dicho documento se firman en unidad de acto con la suscripción de la orden de compra, habrá de convenirse que es difícil otorgar a dicha documentación sobre la base de declaraciones de comprensión y asunción de riesgos, la relevancia probatoria pretendida por la parte recurrente a fin de considerar acreditado sobre la base de declaraciones de comprensión y asunción de riesgos, que el Sr. Adrian recibiera información clara y comprensible y con antelación bastante sobre el producto, sus características y riesgos, cuando como ha quedado dicho a la vista del resultado de la prueba testifical se concluye que no fue así.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 12-1-2015 razona en su fundamento de derecho séptimo apartado 6 que " Se trata de menciones predispuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, como ya dijimos en la sentencia núm. 244/2013, de 18 abril . La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de



la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente. 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, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista".

En el mismo sentido, entre otras, las SSTS de 29 de abril, 265/2015, de 22 de abril, 692/2015, de 10 de diciembre, y la más reciente 331/2016 de 16 de mayo.

Y en cuanto a la relevancia probatoria que pretende otorgarse a la entrega del Tríptico ó resumen de folleto informativo, si ciertamente en la orden de compra de las AFSF se reconoce como recibido, ya esta Sala ha dicho en numerosas ocasiones que la entrega de aquél resumen en unidad de acto a la firma de la orden de compra, tal y como lo declara la Sra. Herminia, no exonera a la entidad bancaria del cumplimiento de sus obligaciones de información, máxime cuando de su mera lectura (no es necesaria su reproducción, remitiéndonos a la integridad de su contenido) resulta que se trata de un documento con contenido, términos y expresiones complejos y caracterizados por su tecnicidad, de los que no cabe predicar precisamente las cualidades de literosuficiencia o que se trate de documentos autoexplicativos para que una persona con el perfil del demandante pueda conocer el alcance de la inversión que está realizando y de los riesgos que comporta, si no van acompañadas de una explicación por parte de los empleados del banco con un lenguaje claro, sencillo y comprensible particularmente en los términos que han quedado reseñados con específica mención a los riesgos y su entidad en función de los escenarios posibles, y a momento económicos peores respecto a la situación existente cuando se ofertaron y comercializaron este tipo de productos, que en este caso no medió con el alcance, claridad y precisión necesarios. Reiterar que el Tribunal Supremo tiene declarado que la obligación de información es una obligación activa y no de mera disposición.

En definitiva, la Sala ha de concluir con la Juzgadora de Instancia que nos encontramos ante un caso de omisión por la entidad bancaria de una información objetiva, clara y suficiente sobre los verdaderos riesgos inherentes a la contratación de las AFSF en Litis, y que ello permite presumir la representación mental equivocada alegada en la demanda y en la que se funda la pretensión de anulación contractual.

No se trata de error sobre un elemento aleatorio del contrato, en las expectativas o frustración de las expectativas por el cambio de las circunstancias del mercado, tampoco nos encontramos ante un error de apreciación subjetiva sin trascendencia a la estructural causal del contrato, sino que el error recae sobre una falsa presuposición de cualidades (in qualitate) o en las condiciones que principalmente dieron motivo a celebrar el contrato conforme al artículo 1266 del CC.

Y en proyección de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo más arriba citada al requisito de la excusabilidad, determina su concurrencia, ya que como tiene establecido el Alto Tribunal lo relevante es el desequilibrio informativo de los contratantes que da lugar al error sobre el verdadero riesgo que conlleva la contratación y el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, de forma que en caso incumplimiento del estándar de información por la parte demandada, como se concluye en este caso, comporta que el error de la parte demandante sea excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministró quien estaba legalmente obligado, y que la suscripción de documentación contractual se presenta como acto de estampación de firma puramente mecánico en función precisamente de la creencia de lo que se contrataba con base a la información recibida y confianza que mediaba de la trayectoria relación cliente-banco, sin entrega previa siquiera en borrador o copia.

Tampoco puede estimarse nos encontremos ante un supuesto de transcurso de un prolongado lapso temporal o actos propios y una posible convalidación por la actuación del demandante. Para que exista una válida confirmación, que extinga la acción de nulidad, es necesario que el contratante que pueda invocar la causa de nulidad, con conocimiento de la misma y una vez que haya cesado, ejecute un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarla (art. 1.311 CC). Sería necesario, por tanto, que la actora hubiera constatado el alcance y trascendencia del error y seguidamente haya realizado un acto concluyente que implique su voluntad de renunciar a la impugnación de los contratos, cosa que aquí no ocurre.

En este caso, lo que puede concluirse es que el demandante no tuvo conocimiento de los elementos determinantes del error tal y como se ha concluido en la resolución recurrida, al menos hasta el año 2012 y por tanto que previamente a dicho momento recibiera los rendimientos del producto en forma y plazo y no hubieran tenido interés en deshacer la inversión, no supone realización de ningún acto volitivo que suponga convalidación ó confirmación de los contratos y decisión de renunciar al ejercicio de la acción de nulidad, ya



que en ese momento ó lapso temporal no tienen conocimiento del error. La percepción de rendimientos no supone para el cliente sino que el producto está desplegando los efectos ofertados y esperados.

En esta línea, deberá significarse que la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015, mantiene la conclusión contraria a la confirmación no ya por la percepción de los rendimientos del producto de inversión, si no en un supuesto de enajenación del producto de inversión, en cuya adquisición aprecia la concurrencia del mismo vicio invalidante que en el aquí litigioso, negando que tal acto suponga una confirmación o convalidación del mismo, razonando la compatibilidad tanto de la petición de rescate del producto de inversión allí enjuiciado como la posterior solicitud de reintegro de su importe, con el ejercicio de la acción de nulidad. Lo cual no hace sino redundar en lo expuesto.

Así, razona el Alto Tribunal:

"La petición de rescate de la póliza no es tampoco significativa de la voluntad de la demandante de extinguir su derecho a impugnar el contrato, solicitando su nulidad y la restitución de lo que entregó a la otra parte, puesto que es compatible con la pretensión de obtener la restitución de la cantidad entregada. La renuncia a un derecho, como es el de impugnar el contrato por error vicio en el consentimiento, no puede deducirse de actos que no sean concluyentes, y no lo es la petición de restitución de la cantidad invertida respecto de la renuncia a la acción de anulación del contrato. Menos aún lo es la reintegración parcial de la cantidad invertida, varios meses después de haber interpuesto la demanda de anulación del contrato, sin haber desistido de la demanda ni renunciado a la acción. No puede pedirse una actitud heroica a la demandante, pretendiendo que renuncie a ser reintegrada parcialmente de la cantidad invertida hasta que se resuelva finalmente la demanda en la que solicitó la anulación del contrato y la restitución del total de las cantidades invertidas".

SEXTO.- La desestimación del recurso implica la imposición de las costas de la alzada a la parte apelante (art. 398.1 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

Desestimar íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de "Banco Santander S.A." frente a la Sentencia de fecha 4-1-2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de San Sebastián en autos de Juicio Ordinario 22/2015, y, en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos en su integridad la resolución recurrida, con imposición de las costas procesales de la alzada a la parte recurrente.

Transírase por el Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de origen a la cuenta de recursos desestimados el depósito constituido para recurrir.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de **CASACIÓN** ante la Sala de lo Civil del TS. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn).

También podrán interponer recurso extraordinario por **INFRACCIÓN PROCESAL** ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn).

Para interponer los recursos será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el Banco Santander con el número 1895 0000 00 3091 16. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** los recursos (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Al escrito de interposición deberá acompañarse, además, el justificante del pago de la tasa judicial debidamente validado, salvo que concurra alguna de las exenciones previstas en la Ley 10/2012.



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

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo/a. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ