AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN TERCERA

BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - HIRUGARREN SEKZIOA

BARROETA ALDAMAR 10-3ª planta - C.P./PK: 48001

Tel.: 94-4016664
Fax / Faxa: 94-4016992

NIG PV / IZO EAE: 48.04.2-14/018447
NIG CGPJ / IZO BJKN :48020.42.1-2014/0018447

A.p.ordinario [redacted]
O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia*: Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Bilbao / Bilboko Lehen Auzialdiko 13 zk.ko Epaitegia
Autos de Procedimiento ordinario

Recurrente / Errekurtsogilea:
Abogado/a / Abokatua: ARCADI SALA-PLANELL ESQUE
Recurrido/a / Errekurritua: BANCO SANTANDER
Procurador/a / Prokuradorea:
Abogado/a / Abokatua:

ILTRE. COLEGIO DE PROCURADORES DE LOS TRIBUNALES DE VIZCAYA
- 2 MAYO 2016
BIZKAIKO AUZITEGIETAKO PROKURADOREEN ELKARGO OSPETSU

SENTENCIA Nº 172/2016

ILMAS. SRAS.

Dª. MARIA CONCEPCION MARCO CACHO

Dª. ANA ISABEL GUTIERREZ GEGUNDEZ

Dª. CARMEN KELLER ECHEVARRIA

En BILBAO (BIZKAIA), a veintiocho de abril de dos mil dieciséis.

Vistos en grado de apelación ante la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial integrada por las Ilustrísimas Señoras Magistradas del margen los presente autos de **PROCEDIMIENTO ORDINARIO** procedentes del **JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 13 DE LOS DE BILBAO** y seguidos entre partes como apelante [redacted] representada por la Procuradora Sra. [redacted] y dirigida por el Letrado Sr. Sala-Planell Esqué y como apelado **BANCO SANTANDER** representado por el Procurador [redacted] y dirigido por el Letrado Sr.

[redacted].

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.- Que la referida Sentencia de instancia, de fecha 9 de octubre de 2015 es del tenor literal siguiente: "**FALLO**: Desestimo integramente la demanda deducida por la representación procesal de [redacted] S.L. contra BANCO SANTANDER y absuelvo a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra, con imposición de costas a la actora".

SEGUNDO.- Que publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de Archanda Planta Industrailes, S.L. se interpuso en tiempo y en forma Recurso de Apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia se dio traslado a la contraparte por término de DIEZ DIAS para impugnación u oposición, verificándolo mediante escrito de oposición. Emplazadas las partes para ante este Tribunal y subsiguiente remisión de los autos, comparecieron las partes por medio de sus Procuradores; ordenándose a la recepción de autos y personamientos efectuados la formación del presente **Rollo** al que correspondió el número de Registro y que se sustanció con arreglo a los trámites de su clase.

TERCERO.- Que con fecha 31 de marzo de 2016 se señaló para deliberación y fallo del recurso el día 27 de abril de 2016.

CUARTO.- Que en la tramitación del presente recurso, se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente para este trámite la Ilma. Sra. **Dª MARIA CONCEPCION MARCO CACHO.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alza la parte demandante [redacted] contra la sentencia que desestima su demanda planteada contra el Banco Santander, en solicitud de nulidad contractual (anulabilidad) por error, vicio en el consentimiento y subsidiariamente una acción de responsabilidad contractual por incumplimiento de la entidad bancaria de normas imperativas, al ser negligente en su conducta contractual bancaria o subsidiariamente incumplimiento de los deberes de información, en relación con la diligencia y transparencia que exigen las buenas practicas bancarias.

Al extremo de fundar el recurso, incide que suscribió, en fecha 19 de julio de 2006, una orden de compra de aportaciones financiera subordinadas de Fagor por importe nominal de 996.475€ con el Banco de Santander, resultando que este banco no le transmitió la información legalmente requerida y omitió de forma dolosa, a su entender, de los riesgos de la admisión del mentado producto.

La juzgadora desestima la demanda al considerar que el Banco de Santander emitió tal información suficiente, para que su defendido prestara un consentimiento valido al comprender el alcance y consecuencias de la orden de compra que suscribió; tal conclusión valorativa, para esta parte es errónea, está falta de razón y, por tanto, interesa la revisión de las circunstancias concurrentes que se produjeron a la hora de formalizar el contrato y se revise la prueba, instando la revocación de la sentencia.

SEGUNDO.- Así las cosas, y como bien conoce el Banco de Santander, esta Sala en reiteradas resoluciones ha venido resolviendo los extremos ahora debatidos, siendo que a continuación se inserta lo dicho reiteradamente respecto del error como vicio del consentimiento; entre otras sentencia de la Sala de fecha 31 de marzo de 2016 en la que decimos "....Del **vicio de error en el consentimiento** igualmente se debe comenzar señalando lo dicho por esta Sala en reiteradas resoluciones y en concreto en la anteriormente referida (la dictada e 23 de aeptiembre de este año) en la que indicamos: "El Tribunal Supremo en Sentencia de 2 de enero de 2015 razonaba que: "Por lo que hace a la falta de error determinante de la nulidad, la Sentencia citada del Pleno del TS establece y fundamenta: "Decisión de la Sala. Consideraciones generales sobre el error vicio del consentimiento.

La sentencia del pleno de esta sala num. 840/2013, de 20 de enero de 2014, recoge y resume la jurisprudencia dictada en torno al error vicio. Afirmábamos en esa

sentencia, 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 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.

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) 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).

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 concurran 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.

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 la citada sentencia num. 840/2013, de 20 de enero de 2014 y reiterado en sentencias posteriores. 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 provisiones 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.".

El Tribunal Supremo en orden a estimar acreditado que se ha dado la información adecuada, fija que no es correcto que la prueba tomada en consideración con carácter principal para considerar probado que el Banco 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. También fija "que no es posible la práctica de pruebas periciales sobre las cuestiones jurídicas, como es el caso de la adecuación de la información facilitada a las exigencias de la normativa aplicable, sobre las que no cabe otro juicio técnico que el emitido por los abogados por las partes en defensa de sus clientes, y por el propio tribunal al dictar la sentencia. No es procedente la emisión en el proceso de este tipo de dictámenes periciales jurídicos, incluso aunque se presenten bajo la cobertura de una pericia económica o como un simple documento "técnico".

Así como tampoco son relevantes las menciones predispuestas o de estilo contenidas en el contrato firmado en el sentido de que se ha sido debidamente informado. Ya que mantiene 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.

Respecto de las informaciones sobre riesgos contenidas en la documentación contractual, la STS recoge " Sobre este particular, 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 EDL 1993/16198, 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 recibió recomendaciones personalizadas), y solo se facilita en el momento mismo de 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.

El deber de información y el carácter excusable del error.

Dice el TS 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 solo 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 matoria 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 provisión 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 EDL 1993/16198, 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 EDL 1993/16198), 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." recibiera una información adecuada sobre los riesgos de la inversión. En primer lugar, 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. Pero es que además, en este caso, las declaraciones de estos empleados llevan a la conclusión de que la información facilitada a la demandante cuando se le ofertó el producto fue la recogida en el documento de la "presentación" que se le hizo en la reunión previa mantenida con ella, documento que ha sido aportado como el núm. 11 de la contestación a la demanda. En dicha presentación las menciones que se hacían respecto al riesgo del producto eran las relativas a la « volatilidad controlada: la volatilidad media anual en los últimos 5 años ha sido de 1.66% gracias a la baja correlación que hay entre todas las estrategias », « mayor control del riesgo, gracias a una exposición más diversificada...», y « en ningún caso la información y los análisis contenidos en el presente informe garantizanresultados o rentabilidades futuras de las inversiones, que dependerán, en todo caso, de la evolución de los mercados finàncieros ». Lo genérico de estas menciones, la falta de una afirmación clara de la posibilidad de pérdida de la inversión, y circunstancias tales como la denominación del producto como "seguro de vida" y su calificación como « un buen instrumento de ahorro a largo plazo » en la propia presentación, llevan a la Sala a considerar como insuficiente e inadecuada la información que se dio a la demandante sobre los riesgos del producto, aspecto esencial del contrato.

Todo lo dicho en los fundamentos anteriores ha sido ratificado nuevamente por el **Tribunal Supremo en sentencia de 7 de julio de 2015** en la que precisamene recuerda lo dicho en la sentencia del pleno de 12 de enero de 2015 para estimar el recurso de casación y así dice: "Recientemente, en la Sentencia de Pleno 769/2014,de 12 de enero de 2015 , nos hemos pronunciado sobre las dos cuestiones que se suscitan en estos dosmotivos de casación, y que guardan relación con el comienzo del cómputo del plazo para el ejercicio de laacción de anulación por error vicio, previsto en el art. 1301 CC .

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 1301 del Código Civil , « [l]a acción de nulidad sólo durará cuatroaños. Este tiempo empezará a correr: [...] En los [casos] de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde laconsumación del contrato [...] ».

En aquella Sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, hacíamos una interpretación del 1301 CC deacuerdo con la realidad del tiempo en que debe ser ahora aplicado, en el siguiente sentido:

«Al interpretar hoy el art. 1301 CC 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

interpretativorelativo 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 CC .

»(...) En la fecha en que el art. 1301 CC 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 disposiciónque establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenersecabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogidoactualmente 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».

Consecuencias del incumplimiento de estos deberes de información, respecto de la acción denulidad basada en el error vicio. Ya advertimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, que elincumplimiento 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 sueledarse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.

El defecto de información, relativo a quien era el emisor del producto financiero y de los riesgos derivados de su eventual insolvencia, impide que quien no es un inversor con un conocimiento cualificado pueda hacerse una representación mental de los riesgos concretos que conlleva la contratación del bono.

En la Sentencia 460/2014, de 10 de septiembre del Tribunal Supremo, resaltamos la relevancia que al respecto tiene el desconocimiento del riesgo que determinó la pérdida de la inversión, en este caso la insolvencia de la entidad que emitió el producto, cuya identidad no era conocida por la demandante, y la ausencia de un fondo de garantía. En aquella sentencia consideramos que el desconocimiento de esos aspectos esenciales del riesgo (que el emisor del producto era una entidad diferente de aquella a la que el cliente podía asociar razonablemente el riesgo -en este caso Bankinter, con la que contrataba-, que el resultado de la inversión fuera ligado a la solvencia de ese emisor y que no existiera cobertura por ningún fondo de garantía) constituye un error esencial sobre el objeto y las condiciones del contrato. Máxime cuando, como es el caso, la demandante ni su apoderado son inversores cualificados, y la entidad con la que aparentemente contrataron (Bankinter) tiene asociada unaconnotación de seguridad en la contratación por la existencia de una estricta supervisión pública y de fondos de garantía frente a su insolvencia. Por eso, como concluimos en aquel caso, debemos rechazar que para la demandante, representada por su apoderado, «fuera obvio que la recuperación del dinero que invertían pudiera verse impedida por la insolvencia de una entidad no sometida a la supervisión de autoridad española alguna y no cubierta por ningún fondo de garantía».

De tal modo que 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. Y la existencia de aquellos deberes legales de información, incumplidos por la demandada, justifican además que el error fuera excusable...."

TERCERO.- Desde lo razonado, la resolución de este recurso para por analizar la prueba obrante en autos y concretamente las circunstancias en que se verificó la orden de compra; vaya de adelanto que las conclusiones que la juzgadora "a quo" establece en su sentencia, no se

comparten por esta Sala, quien, al contrario, falla en sentido estimatorio del recurso y ello porque hemos llegado a la convición jurídica de que la información que el Banco de Santander emitió al ahora apelante no fue suficiente para que el mismo prestara su consentimiento válido, al estar afecto de error esencial e invalidante y excusable, no imputable a la parte actora en tanto en cuanto que, no puede ser compartida esta falta de diligencia, que la sentencia entiende es imputable a la parte apelante por no haber leído, en su caso, la documentación entregada, que al entender de la sentencia recurrida lo fue de forma detallada, cuando la inversión suscrita era importante. Al contrario, de la sentencia recurrida esta Sala mantiene que debemos partir de que, ciertamente, el perfil del representante de la empresa actora, era siempre de suscripción de productos conservadores; que es el Banco Santander quien oferta el producto, que siempre se contrataba con un mismo gestor y que se confiaba plenamente en la gestora, (Sra. de Andrés) quien no niega que se ofertó el producto a la apelante, que si se le entregó la documentación y que se firmó toda la entregada; en este extremo queda constancia de que ni el folleto informativo, ni la nota de valores fue firmada; que no se le entregó esta documentación hasta que recibieron la queja; que no se entregó con los documentos del préstamo el triptico o folleto informativo; pero es que esta Sala, en todo caso, y en referencia a las consecuencias de que se firma el documento de información adjuntado por el Banco de Santander en el que se advierte de que al producto se le denomina "rojo", (y a los efectos de si cumple con ello la debida información necesaria para que el consentimiento a la suscripción del producto sea valido), también hemos dicho (Sentencia de la sala de 5 de febrero de 2016) "....En definitiva y como se ha dicho por esta Sala en otras ocasiones, la firma de cláusulas de salvaguarda que al parecer tiene su importancia para la juzgadora a quo a los efectos de entender el cliente lo que contrata, no son relevantes las menciones predispuestas contenidas en el contrato ya 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.

Por tanto aunque se entendiera que la firma de dichas cláusulas conllevan un indicio de que la información se dio, ello se debe corroborar con otros medios de prueba; y que en el presente caso son inexistentes, la empleada afirma que se le entregó la documentación con información detallada, pero que se ha razonado que los actos coetáneos contradicen tal afirmación; y que es un hecho reconocido que fue la entidad demandada la que ofertó a la parte actora el producto. Por otra parte a ello se suma que las referidas cláusulas son suscritas al formalizar la orden de suscripción de lo que por simple lógica se deduce que la parte actora no contó con antelación suficiente para analizar las mismas ni su contenido. Se añade, igualmente, que el supuesto folleto informativo al que se hace referencia por la entidad, doc. nº3 no consta con firma alguna, y que los documentos suscritos si se examina su contenido y en los que se basa la sentencia en ningún momento suponen, no ya una información precontractual cuya prueba es inexistente en el presente procedimiento, sino contractual, en tanto que en ningún momento se especifica la verdadera naturaleza y riesgos del producto, así la Orden de suscripción.

Y en tal sentido continuamos diciendo que "...Por tanto 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 debor 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 (LA LEY 1838/1993) EDL 1993/16198), 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.

Por todo ello no se comparte los razonamientos de la sentencia de instancia, ni el perfil de la parte actora ni la mera suscripción de las órdenes, ni de las cláusulas de salvaguarda suplen la falta de acreditación por parte de la entidad demandada de que cumplió con el deber de información que le era exigible.

En consecuencia, para esa Sala la Sentencia yerra en la valoración de la prueba por lo que el recurso de apelación debe ser estimado con revocación de la Sentencia y estimación de la demanda...."

Añadimos a lo razonado que obligar al cliente, que por el hecho de existir una posibilidad de riesgo universal, si en el caso no efectúa una detallada lectura de lo que contrata es exigirle una diligencia desmedida no obligatoria, más cuando estamos ante contratos complejos como la propia Ley y la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene continuamente catalogando a estos productos financieros; incidir en que el cliente contrató en la confianza que le manifiesta su Banco que el producto cuenta con la garantía del mismo que le oferta como producto seguro; el hecho o dato de contratación de otros productos como paquete de acciones ordinarias (del Banco Santander, u otras entidades no conlleva que por ello debe conocer los riesgos que este producto de compra de AFSF puede conllevar, nada se le indica de inexistencia de fondo de garantía que pudiera responder en caso de resultados negativos (los propios empleados del banco afirman tales extremos) cuando se escudan, unicamente, en que se firmo la documentación que el Sr. Larragoiti era concienzudo, detallista, pero que tienen que admitir que ni era una inversor financiero, ni interesaba productos de riesgos; en consecuencia, en este caso, volvemos a insistir, que el procedimiento se haya huérfano de la prueba suficiente de cumplimiento por el Banco de la información necesaria, completa y detallada del producto que se contrataba, siendo que esta falta de información en relación con las circunstancias que concurrían en el apelante ha conllevado a no prestar un consentimiento valido, estando viciado de

error.

CUARTO.- De lo expresado, se estima el recurso y se estima la demanda, debiendo al respecto recordar que ".... El artículo 1.303 del Código Civil dispone que: "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses. Por tanto declarada la anulabilidad de la orden de suscripción de las Aportaciones Subordinadas, el Banco Santander debe proceder al pago a los actores de las cantidades reclamadas en la demanda, incrementadas con los intereses legales correspondientes desde la fecha en que se efectuó el cargo en cuenta de la suscripción, menos el importe correspondiente a los rendimientos íntegros abonados por razón de dicha suscripción y los que se hubieran devengado en la tramitación del procedimiento hasta la fecha de la presente resolución debiendo los actores devolver a la adversa los títulos correspondientes.

QUINTO.- En lo que hace a las costas, se impondrán al demandado las devengadas en la instancia al ser estimada la demanda y sin expresa imposición de las devengadas en esta alzada.

SEXTO.- La disposición adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo en su apartado 8, aplicable a este caso que si se estimare total o parcialmente el recurso, en la misma resolución se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación y, en virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

F A L L A M O S

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de [redacted] S.L. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 13 de los de Bilbao, en autos de Procedimiento Ordinario de fecha 9 de octubre de 2015, debemos revocar como revocamos dicha Sentencia y dictar otra en su lugar por la que estimando la demanda interpuesta por [redacted] S.L. contra BANCO SANTANDER se declara la nulidad por vicio del consentimiento de la contratación relativa a la adquisición de las AFS por parte de [redacted] S.L. y se condena a BANCO

SANTANDER a abonar a la demandante [redacted] S.L. el importe que destinó a la adquisición de las AFS (actualizado con el interés legal del dinero desde que se entregó y los gastos que se le suscribieron por la adquisición). [redacted] S.L. entregará a la demandada BANCO SANTANDER las AFS de Fagor, y las cantidades que con motivo de aquellas hubiere abonado al actor actualizadas con el interés legal del dinero desde que se recibieron.

En cuanto a las costas, se impondrán a la parte demandada las devengadas en primera instancia y sin expresa imposición de las devengadas en esta alzada.

Devuélvase a [redacted] el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución.

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).

Para interponer el recurso será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido 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 4703 0000 00 011115, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06-casación. La consignación deberá ser acreditada al interponer el recurso (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.

Firme, devuelvánse las actuaciones al juzgado de procedencia junto con testimonio de esta resolución para su conocimiento y ejecución.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, 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.