ADMINISTRACION DE JUSTICIA

JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 5
LOGROÑO

SENTENCIA: 00072/2014

JUZGADO DE INSTANCIA 5 DE LOGROÑO

BRETON DE LOS HERREROS 5-7

Teléfono: 941296506
Fax: 941296575
N04390

N.I.G.: 26089 42 1 2013 0004107

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000832 /2013R

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE, DEMANDANTE D/ña.

Procurador/a Sr/a. MARIA LUISA MARCO CIRIA, MARIA LUISA MARCO CIRIA

Abogado/a Sr/a. FRANCISCO JALON LOPEZ, FRANCISCO JALON LOPEZ

DEMANDADO D/ña. CAJA LABORAL POPULAR SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO LIMITADA

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a.

S E N T E N C I A

En Logroño, a 7 de mayo de 2014.

Vistos por , Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia 5 de Logroño y su Partido, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO registrados con el número 832/13 R, seguidos ante este Juzgado entre partes, de un lado, como demandantes, y , representados por Procurador y defendidos por Letrado; y de otro lado, como demandada, la entidad "Caja Laboral Popular Sociedad Cooperativa de Crédito", representada por Procurador y defendida por Letrado.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

RDMF
Revista de Derecho del Mercado Financiero
Jurisprudencia

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por la actora se formuló demanda de JUICIO ORDINARIO, sobre la base de los hechos y fundamentos de derecho que expuso, terminando con la súplica de que se dicte sentencia por la que se condenara a la demandada en los términos obrantes en su escrito.

SEGUNDO. Admitida a trámite la demanda se acordó emplazar a la parte demandada para que compareciera y la contestara, lo que hizo medio de escrito presentado por su representación procesal, en el que exponiendo los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por convenientes, terminaba solicitando la desestimación de la demanda, con condena en costas de la demandante.

TERCERO. Fue convocada la audiencia previa prevista en la ley, y ésta se celebró en la forma que consta en el acta y grabación, afirmándose las partes personadas en sus escritos iniciales y proponiendo las pruebas de que intentaban valerse, sobre cuya admisión decidió el juzgador lo que tuvo por conveniente.

CUARTO. Con posterioridad, tras la práctica de la prueba propuesta y admitida, y la emisión de conclusiones por las partes, quedaron los autos en situación para resolver.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La parte actora formula demanda instando la nulidad o, subsidiariamente, la anulabilidad del contrato de depósito y administración de valores de 17 de abril de 2009, así como de las órdenes de compra de aportaciones subordinadas Eroski de fechas 20 de abril y 29 de junio de 2009, suscritos con Caja Laboral, con restitución de lo entregado por las partes.

Subsidiariamente, se pretende la responsabilidad de la demandada por los daños sufridos por los demandantes como consecuencia de la suscripción de dichos productos, con condena de la demandada al abono de tales daños.

Sustenta dicha pretensión en que el consentimiento otorgado por la parte actora estaba viciado, como consecuencia de la insuficiente información otorgada por la contraparte en el momento de la contratación de los productos, infringiendo la demandada los criterios legalmente establecidos al no cumplimentar los test de conveniencia e idoneidad, con incumplimientos de diversas normativas de obligado seguimiento para la entidad demandada.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

RDMF
Revista de Derecho del Mercado Financiero
Jurisprudencia

Por su parte, la demandada se opone a la reclamación formulada de contrario, alegando al efecto que únicamente mantiene una relación con los demandantes (a los efectos aquí trascendentes) en base al contrato de depósito y administración de valores, siendo ajenas a dicho contrato las órdenes de compra de aportaciones subordinadas.

Caja Laboral se limitó a dar cumplimiento a dichas órdenes como mera intermediaria, no percibiendo las cantidades invertidas por los actores, por lo que carecería de legitimación pasiva en este punto.

Niega que concurra nulidad absoluta, ya que concurre el consentimiento de los demandantes, el contrato tenía causa lícita y que no vulneraba el orden público, y no se han infringido normas imperativas en su contratación.

Respecto a la anulabilidad de los contratos, sostiene que la acción para instar dicha figura habría caducado, por el transcurso de cuatro años previsto legalmente.

Y entiende que no concurre vicio alguno en relación a la suscripción del contrato de depósito y administración de valores.

Los demandantes fueron debidamente informados, y advertidos, de las características de los productos que finalmente contrataron.

En cuanto a la petición subsidiaria de responsabilidad, afirma que la entidad financiera no incurrió en incumplimiento legal ni contractual, y no hay acción ni omisión que le sea imputable y que haya podido causar los supuestos daños que reclama la contraria.

SEGUNDO. La primera cuestión objeto de controversia, por lo tanto, se suscita en relación a la legitimación pasiva de la demandada, ya que ésta entiende que no es parte en los contratos de compra de aportaciones subordinadas, y que su labor se limitó a la intermediación en la contratación de los productos.

A tal fin aporta en su contestación un nutrido cuerpo jurisprudencial que ampararía su postura; sin embargo, y desde la perspectiva de este juzgador, existen otros criterios jurisprudenciales que sí pueden y deben determinar la legitimación pasiva de la demandada.

En este sentido, resulta de especial trascendencia la Sentencia de 5 de septiembre de 2013 de la Audiencia Provincial de Valladolid:

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

"Ha de precisarse seguidamente que el contrato de depósito y administración de valores se suscribió por ambas partes en su propio nombre y por su propia cuenta. Sin embargo la denominada "orden de valores " firmada ese mismo día y cabe suponer previamente, tenía por objeto adquirir esas aportaciones subordinadas, es decir los valores que iban a ser de seguido depositados y administrados por Caja Laboral en virtud de ese otro contrato. Pues bien, los valores en cuestión es cierto que no se emiten por Caja Laboral, sino que se trata de aportaciones subordinadas emitidas por Eroski, entidad que goza de personalidad jurídica propia e independiente y que junto a Caja Laboral integra un mismo grupo empresarial, el Grupo Mondragón. Ningún contrato sin embargo consta se hubiere concertado al respecto entre los actores y Eroski que tuviere por objeto dichos valores. La orden de valores en cuestión, único documento que plasma la operación de compra de dichos títulos, se suscribió por tanto entre los demandantes y Caja Laboral, que actuaba como mandataria de Eroski en virtud de un contrato de comisión mercantil, regulado en el art. 244 y ss del Código de Comercio, pues el mandato tenía por objeto una operación de comercio, la venta de unos títulos o valores, y tanto el comitente cuanto el comisionista son comerciantes. A la hora de firmar dicha orden de valores Caja Laboral lo hizo en su propio nombre y estampando su sello, sin expresar en el contrato ni en la antefirma que lo hacía en nombre de su comitente ni especificar el nombre y domicilio de este.En su consecuencia y conforme a lo dispuesto en el art. 246 y concordantes del texto legal antes citado, quedó obligada directamente con los demandantes como si el negocio fuera suyo, sin que estos tengan acción frente al comitente ni viceversa. Consideramos por tanto en virtud de lo expuesto que es Caja Laboral quien quedó personalmente obligada frente a los hoy actores en virtud de dicha operación de compra de valores, estando pasivamente legitimada para soportar las acciones que de dicho contrato se deriven, lógicamente sin perjuicio de las que correspondan entre comisionista y comitente."

Dicho criterio jurisprudencial resulta plenamente aplicable al presente caso, en el que se aprecia que la contratación se produjo directamente entre los consumidores y la entidad financiera, sin intervención en ningún momento de Eroski, tal y como permiten constatar las órdenes de valores obrantes en autos.

Tales documentos, necesariamente preconfigurados por Caja Laboral, aparecen únicamente suscritos por la demandada, sin que a lo largo del documento se haga referencia a Eroski como parte en el contrato, apareciendo únicamente mención a dicha entidad en relación al valor objeto de la compra que debía desarrollar la demandada.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

Los extractos que recogen las liquidaciones de valores son documentos emitidos por la demandada, nuevamente encabezados con su membrete, y con una referencia mínima a Eroski al concretar el valor.

De todo lo expuesto no cabe inferir que la parte demandante tuviera relación alguna con Eroski de naturaleza contractual, y resulta de todo punto lógico concluir que la única vinculación fue con la entidad demandada, que genera una apariencia contractual en virtud de la documentación elaborada unilateralmente por la misma, y obrante en autos.

Y es que no cabe considerar su actuación como de mera intermediadora, sino como verdadera parte en los contratos.

Sin perjuicio de la relación que pueda unir a Caja Laboral con Eroski, es lo cierto que el único vínculo debidamente justificado en la causa mediante la documental presentada es el que se produjo entre la demandante y la demandada y, por lo tanto, la entidad debe ser calificada como parte en los contratos obrantes en autos, de modo que tiene legitimación pasiva en relación a los mismos.

Así las cosas, la demandada goza de legitimación pasiva.

TERCERO. Considerando los términos en que se ha suscitado la controversia, una vez más dentro de la contratación de este tipo de productos, el elemento diferenciador que determinará el sentido de la presente resolución debe centrarse en la condición de las partes y el iter contractual, ya que tales elementos determinarán la posible concurrencia de vicio del consentimiento (que ha sido la vía elegida principalmente por la actora para impugnar el contrato) y, en su caso, el éxito o fracaso de la demanda interpuesta.

La prueba practicada en autos viene a acreditar que los demandantes suscribieron los concretos productos por iniciativa y consejo de la demandada, que fue quien indicó las diversas opciones existentes en el mercado.

Conviene puntualizar varios extremos que resultan trascendentes.

En primer lugar, no se ha acreditado que los demandantes tuvieran un especial conocimiento de este tipo de productos financieros, o de la operativa de los mismos.

A la fecha de suscripción del contrato, no hay constancia de que la demandante hubiera suscrito más contratos bancarios de esta naturaleza.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

Tampoco consta que tuvieran asesoramiento de expertos en la materia.

Se hace mención a un fondo de inversión, pero debe recordarse que su suscripción es posterior a la de los productos aquí discutidos (según el extracto, 30 de junio de 2009), y dicho producto poco tiene que ver con lo aquí analizado, y ello aún careciendo de los mínimos datos sobre tal fondo, ya que el contrato no ha sido aportado, pero su mera denominación ("Renta fija garantizado") claramente apunta a una inversión de naturaleza conservadora, sin riesgo para el capital depositado.

En lo que hace a la naturaleza de los contratos suscritos, sin duda el contrato de depósito y administración de valores se configura como un elemento accesorio y complementario del verdadero objeto de contratación, que no es otro que la compra de los valores que también aquí se analizan.

Buena prueba de ello es que ninguna otra operación (al margen de esa compra de valores) se ha desarrollado al amparo del contrato de depósito y administración.

También es significativo que la primera compra de valores se produzca apenas tres días después de la firma del contrato de depósito y administración.

Es por ello que cabe concluir que todas las operaciones de compra se constituyen como un solo cuerpo contractual vinculado directamente con el contrato de depósito y administración, y es por ello que los contratos pueden y deben ser analizados conjuntamente.

Tampoco puede ser determinante para fijar el grado de conocimiento de los demandantes que éstos realizaran dos órdenes de compra, suscritas en abril y junio de 2009, ya que, a la firma de la segunda operación, habiendo transcurrido apenas dos meses desde la firma de la primera, no se ha constatado que sobrevinieran acontecimientos o circunstancias que permitieran a los demandantes tener un mejor conocimiento de lo que estaban contratando.

En lo que hace referencia a la concreta contratación, resulta significativa la ausencia de datos en los documentos presentados, siendo especialmente escuetas las órdenes de valores suscritas, en las que únicamente hay una referencia al valor objeto de contratación (aportaciones Eroski), pero no concurre ninguna explicación o definición del objeto de la orden, y de sus implicaciones o consecuencias.

En base a dicho documento, es materialmente imposible que los demandantes entendieran o conocieran mínimamente lo que adquirían.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

Debe valorarse ahora si se produjo alguna explicación antes de la firma del contrato que sí permitiera a los demandantes formarse un conocimiento adecuado de dicho contrato.

Y es que la demandada pretende que se dieron todo tipo de explicaciones verbalmente, para que el cliente estuviera plenamente informado.

Tal circunstancia es negada de contrario.

Así las cosas, la mera declaración de empleados de la parte demandada no puede constituirse en prueba acreditativa de lo alegado. Y ello no solo por el manifiesto interés que para el empleado (persona vinculada a la parte) pueda tener el resultado del litigio, lo que resta verosimilitud a su declaración.

También porque no se acredita con la necesaria exactitud que se explicara al cliente con el exigible detalle la realidad del producto que iba a adquirir.

Ni una sola prueba documental justifica la realidad de tales explicaciones.

No solo no consta que no se explicaran las consecuencias exactas de la adquisición del producto.

Es que tampoco consta que se explicara con el exigible detalle el producto. Ni la posible duración del mismo, ni el modo en que finaliza la vinculación, ni el rendimiento a largo plazo, ni la posible enajenación o cancelación del producto…

No hay constancia, en realidad, de que se informara mínimamente de ninguna circunstancia relativa al producto.

A nadie escapa que el producto a contratar podía implicar un beneficio para la demandada (comisiones percibidas tanto de los demandantes, como las podidas percibir de Eroski), y ésta no tenía un especial interés en informar de todas las posibles situaciones futuras al cliente.

Pero, precisamente omitir dicha información, determina que el cliente se forme una idea equivocada del producto, ya que no asume la posibilidad de las consecuencias que su adquisición implica; es ahí donde surge el error en el consentimiento.

No pretende este juzgador que el banco llegue a desgranar o certificar la situación de futuro hasta el último detalle, pero sí le es exigible que informe al cliente de las características principales del producto.

No consta que dicha información fuera facilitada.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

Y tal óbice no es salvado con la suscripción de la "advertencia de no conveniencia", dicho documento sólo constata que el producto no es adecuado para el cliente, pero no desarrolla ninguna explicación sobre por qué no es conveniente para dicho cliente.

Que la entidad financiera pretenda salvar su responsabilidad precisamente en base a ese documento resulta especialmente contradictorio, ya que lo único que viene a constatar es que el cliente no conoce el producto, y era la entidad quien debía salvar dicha carencia, cosa que no consta que hiciera.

Las liquidaciones practicadas a posteriori tampoco aportan mayor grado de claridad sobre la operativa del contrato, ya que son manifiestamente escuetas.

Finalmente, no consta que el tríptico informativo aportado como documento 3 de la contestación fuera entregado a los demandantes.

Aún cuando dicho documento sea sobradamente conocido para la demandada, que tiene constancia de su difusión pública, tal privilegiado conocimiento (fruto, sin duda, de su especialización en la materia) pudo no ser compartido por los demandantes, que son personas ajenas al mundo financiero, y no tenían por qué conocer de la existencia de tal información, que fue precisamente la que debió facilitar la demandada.

CUARTO. Considerando los argumentos previamente expuestos, resultan de interés para la resolución del litigio numerosas sentencias judiciales que determinan el parecer jurisprudencial mayoritario hasta la fecha.

A modo de ejemplo se van a recoger dos, que por su semejanza con el presente caso, y por su completo análisis de la cuestión, se van a reproducir casi en su integridad.

Así, la Sentencia de 10 de octubre de 2013 de la Audiencia Provincial de Álava señala:

"Respecto a la información, cuando de consumidores y usuarios se trata, como sucede en el presente caso, según el artículo 2.1 de la Ley de Consumidores y Usuarios de 1984, vigente cuando se suscribieron el contrato de depósito y administración de valores y la orden de valores, era (y, lo continua siendo) un derecho básico de aquellos: la información correcta sobre los diferentes productos o servicios.

En el ámbito de la contratación o intermediación bancaria, y, en general, con o de las entidades financieras, la importancia de la negociación previa y de la fase precontractual alcanza especial intensidad, exigiéndose un plus de atención y diligencia por parte de la entidad que comercializa u ofrece, y dentro de su actividad que no es gratuita, los productos financieros al informar al cliente, precisamente por su posición preeminente y privilegiada respecto del cliente. Los clientes-contratantes han de recibir toda la

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

información necesaria para tomar conciencia de lo que significa el contrato o el producto y su alcance, de los derechos y obligaciones derivados del mismo, y valorar su interés en el mismo. Lo que ha motivado que se hayan establecido códigos y normas de conducta para dotar de claridad y transparencia las operaciones que se realizan.

En el presente caso, es aplicable la Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988, y ello, en base a lo dispuesto en su artículo 2, tanto en su redacción vigente a fecha 29 de junio de 2007 como en su redacción actual, y a lo establecido en el artículo 3 del Real Decreto 1310/2005 de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores EDL1988/12634 **, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos, debido también indicarse que las aportaciones financieras subordinadas constituyen deuda subordinada, y un producto complejo atendiendo a la redacción actual del artículo 79 bis 8 a) de la Ley del Mercado que Valores** porque no aparece en la lista explícita de valores no complejos y porque no cumple los tres requisitos que en dicho precepto se recogen para que otros instrumentos financieros tengan la consideración de no complejos, así el primero de tales requisitos consiste en que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación del instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor, posibilidades frecuentes que no se aprecian en el presente caso ya que en la contestación de fecha 22 de noviembre de 2012 de la ahora apelante a la reclamación extrajudicial del ahora apelado-impugnante se dice que **las participaciones de aportaciones de Eroski son un producto financiero sometido a la normativa del Mercado de Valores y que cotiza según se compromete en el folleto de emisión en el mercado AIAF, añadiéndose que, había un estrangulamiento del mercado dado que había muchas órdenes a la venta y pocas a la compra, por lo que costaba mucho tiempo vender las participaciones, que revela que se trata de un mercado no lo suficientemente líquido (de partida no se garantizaba que existiese liquidez en el mercado) para que las posibilidades frecuentes a las que hemos hecho referencia existiesen, siendo de añadir que si bien no es aplicable al presente caso la reforma operada en la Ley del Mercado de Valores por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre** EDL2007/212884 **, al ser esta de fecha posterior al contrato de depósito y administración de valores y a la orden de valores, la Directiva MiFid 2004/39/CE para entonces ya se había aprobado y era de conocimiento público, en especial para las entidades financieras, y además de que se trata de un producto complejo es un producto de riesgo elevado porque el vencimiento no tiene lugar hasta la liquidación de la Cooperativa y si bien puede ser amortizadas anticipadamente a partir del quinto año desde la fecha de desembolso, bien total o parcialmente, ello es facultad, únicamente, de la emisora, además los créditos derivados de las AFSE se sitúan detrás de todos los acreedores comunes o por créditos ordinarios frente a la Cooperativa conforme a lo dispuesto en el artículo 57.5 de la Ley de Cooperativas de Euskadi, y si bien el titular puede venderlas en un mercado secundario existe el riesgo de liquidez ya expuesto (riesgo que de hecho se ha convertido en realidad por lo ya argumentado) y el riesgo de que su precio de cotización pueda situarse en niveles inferiores a su precio de amortización (valor nominal), como resulta, también, que se ha producido atendiendo a la valoración que de las mismas resulta de la documentación aportada por el ahora apelado-impugnante en la audiencia previa, concretamente, lo extractos bancarios.**

El artículo 78.1 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores EDL1988/12634 , establecía, en su redacción anterior a la reforma introducida por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre EDL2007/212884 , que las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito...

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

(siendo apreciable en el presente caso aunque no existiera asesoramiento la prestación de un servicio de inversión atendiendo a lo dispuesto en el artículo 63 de la reseñada Ley en su redacción aplicable al presente caso), debían respetar las siguientes normas de conducta: "a) Las normas de conducta contenidas en el presente Título; b) Los códigos de conducta que, en desarrollo de las normas a que se refiere el párrafo a) anterior, apruebe el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministro de Economía, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores; c) Las contenidas en sus propios reglamentos internos de conducta. Seguidamente en el artículo 79.1 establecía que "(...) deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos: a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado (...) c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios (...) e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados".

En desarrollo de estas previsiones legislativas, el R.D. 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios EDL1993/16198 **(derogado por R.D. 217/08, de 15 de febrero), disponía en su artículo 16, relativo a la información a la clientela, concretamente, en su número 2, que las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones,** y establecía en su Anexo un "Código general de conducta de los mercados de valores", integrado por sus artículos 1 a 7, de los que cabe destacar que según el artículo 4.1: "Las entidades solicitarán de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer", y conforme al artículo 5: "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. 2. Las entidades deberán disponer de los sistemas de información necesarios y actualizados con la periodicidad adecuada para proveerse de toda la información relevante al objeto de proporcionarla a sus clientes. 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. 4. Toda información que las entidades, sus empleados o representantes faciliten a sus clientes debe representar la opinión de la entidad sobre el asunto de referencia y estar basada en criterios objetivos. A estos efectos, conservarán de forma sistematizada los estudios o análisis sobre la base de los cuales se han realizado las recomendaciones...".

Sobre la base de tan estricta regulación debe valorarse la situación de la relación de autos, pues el error invocado se encuentra en la esencia de las mencionadas obligaciones, concretamente la de informar, que debe cumplir la entidad financiera, de tal suerte que si el actor adquirió una idea equivocada y sustancialmente desviada de la que realmente representa el producto contratado, podemos concluir que ese desconocimiento no le es imputable, ni siquiera por omisión, al existir una obligación legal positiva que impone a la entidad financiera la carga de asegurarse no sólo la idoneidad del producto y su adecuación a lo que realmente quiere el cliente, sino también que el cliente comprende en su integridad la operación, con sus consecuencias. En definitiva, la entidad debe asegurarse que se cumplen los precedentes requerimientos para ejecutar o llevar a efecto la contratación del producto. La cuestión de la información y conocimiento del contenido, efectos y riesgos del contrato no es meramente formal, pues se requiere que el cumplimiento de las normas sobre la protección e

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

interés de los clientes sea eficaz y conste que efectivamente se llegó a comprender en todos sus efectos el mecanismo y consecuencias del contrato o producto.

Examinada la prueba practicada, y partiendo en relación con el "onus probandi" de la correcta información en el mercado de productos financieros, que **la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cuál la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de sus clientes**, lo cual es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos (los clientes) se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (AP Valencia 26-04-2006), consideramos que **no puede entenderse demostrado que por la ahora apelante se informase al ahora apelado-impugnante,** quien según el director de la sucursal tenía y tiene acciones y tenía intermediación financiera a través de letras del tesoro, instrumentos no complejos a diferencia de la aportaciones financieras subordinadas, de la duración, en principio, perpetua de la aportación, al no tener lugar el vencimiento hasta la liquidación de la Cooperativa, situándose los créditos derivados de las AFSE detrás de todos los acreedores comunes o por créditos ordinarios, de forma que sólo era factible la amortización anticipada, total o parcialmente, a partir del quinto año únicamente a instancia de la emisora, ni de los riesgos de liquidez y de mercado ya reseñados, que hacen que fuera y sea un producto en principio no temporal y tampoco seguro sino de elevado riesgo.

Y, es que no cabe entender suficiente, para considerar debidamente demostrado lo expuesto, lo manifestado por el director de sucursal dada su vinculación con la ahora apelante y dado que no ha aportado más de datos generales al no recordar ni el día de la entrevista, lo cual puede ser lógico atendiendo al tiempo transcurrido pero que lleva a no poder vincular sin género de duda razonable alguna lo por el mismo expuesto sobre el protocolo de actuación con lo realizado en el concreto caso que nos **ocupa. Y, tampoco cabe llega a otra conclusión en base al documento número 4** aportado por la ahora parte apelante juntamente con su escrito de contestación a la demanda, **y que es el resumen del folleto informativo, ya que si bien en la orden de valores suscrita por el apelado -impugnantese recoge, en la condiciones de la operación, que el solicitante de lasaportaciones financieras subordinadas, mediante la firma y entrega de este mandato, reconoce que ha tenido a su disposición el Folleto y que se le ha entregado el Resumen de la Emisión de "Aportaciones Financieras SubordinadasEroski", de lo que se trata no es que la entidad financiera facilite al cliente los medios para que pueda informarse sino de que aquella efectivamente informe, lo cual no puede entenderse acreditado con lo expuesto, y si bien en tales condiciones de la operación se añade que, el solicitante, acepta los términos de la emisión contenidos en la Nota de Valores y resumidos en el Resumen de dicho Folleto, nos encontramos con una cláusula absolutamente insuficiente, por genérica, para proceder a entender que el cliente firmó debidamente informado de las características esenciales del producto, pues nada se concreta sobre los términos de la emisión en la orden de valores.**

Según lo establecido en artículos tales como el 1.265, 1.266 y 1.300 del Código Civil , para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fue objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. Además el error para determinar la nulidad del contrato no ha de ser imputable al interesado y debe ser excusable. El grado de diligencia exigible a los contratantes no consta expresamente regulado en el Código Civil , pero sí es graduable, conforme viene exigiendo la jurisprudencia, bajo los postulados de la buena fe, arts.7.2 y 1.258 del Código Civil , y la ponderación de las circunstancias. Éstas han de valorarse desde la concreta relación y posición de las partes con lo que es el objeto del contrato, tanto desde la

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

perspectiva de las cuestiones de hecho relevantes, como desde los postulados legales que en su caso establezcan singulares obligaciones de diligencia a las partes.

Pues bien, la reseñada falta de la debida información, hace que se presente lógica y racional (atendiendo a la complejidad y elevado riesgo del producto, al perfil del cliente, del que no resulta que tuviera conocimiento de lo que eran las aportaciones financieras subordinadas, la deuda subordinada, ni que se recabase de él la información necesaria para su correcta identificación, objetivos de inversión..., y sí en cambio un historial inversor ajeno a productos complejos, a que en modo alguno puede entenderse debidamente acreditado el tiempo y método explicativo dedicado al mismo a los efectos de asegurar su comprensión del producto y la adecuada formación de su voluntad, con plena conciencia de su decisión), **la creencia inexacta o una representación mental equivocada, que sirve de presupuesto para la realización de un contrato y determina una voluntad no formada correctamente, porque la contemplación del objeto del contrato estaba distorsionada, es decir, que la consideramos suficiente para entender concurrentes los requisitos precisos para apreciar la existencia de un error invalidante, ya que recae sobre la sustancia, es esencial: sobre la duración y los riesgos de la operación, y además es excusable, al existir,** tal y como ya hemos indicado, **una específica obligación legal positiva**, a la que también ya nos hemos referido**, que impone a la entidad financiera la carga de asegurarse que el cliente comprende en su integridad la operación, con sus consecuencias, no cabiendo desvirtuar tal deber legal, invirtiéndolo, es decir, haciendo recaer en el cliente la obligación de informarse**. La cuestión de la información y conocimiento del contenido, efectos y riesgos del contrato o producto, como asimismo ya hemos expuesto, no es meramente formal, pues se requiere que el cumplimiento de las normas sobre la protección e interés de los clientes sea eficaz y conste que efectivamente se llegó a comprender en todos sus efectos el mecanismo y consecuencias del contrato o producto.

Por todo lo expuesto, y en línea con lo ya argumentado, **procede mantener la declaración de nulidad de los contratos de 29 de junio de 2007 y la restitución de todos su efectos al momento anterior a la firma"**

Y la Sentencia de 5 de septiembre de 2013 de la Audiencia Provincial de Valladolid:

"Debemos consignar seguidamente que el motivo fundamentador de la nulidad contractual interesada en la demanda es el error que se dice padecido por los actores a la hora de formar su consentimiento, error que se califica de sustancial y excusable y que se achaca a una falta de la debida información por parte de la entidad financiera. No se ejercita acción alguna en reclamación de los posibles daños y perjuicios irrogados a los actores en base a un defectuoso o negligente cumplimiento por parte de la entidad de crédito demandada del contrato de depósito y administración de los valores, concretamente del diligenciamiento de las dos órdenes de venta de los mismos que fueron cursadas en noviembre de 2010 y marzo de 2011. Huelga por tanto realizar consideración alguna acerca de dicha cuestión, ajena a la acción ejercitada y al contenido propio de la litis, centrado como decimos, única y exclusivamente, en la posible nulidad del contrato por el citado vicio del consentimiento.

Cabe decir al respecto que el producto objeto de la operación litigiosa son aportaciones financieras subordinadas, con un interés fijo hasta el 31 de enero de 2008 del 6,75% y a partir de dicha fecha un interés variable de Euribor 1 año+2,5%. Dicho interés se abonaría por la entidad emisora, Eroski, siempre que sus socios cooperativistas recibieran remuneración, mientras que si no la recibían la entidad podría optar libremente bien por abonar en metálico dicho interés, bien por hacerlo en especie, incrementando el valor nominal de los títulos, o bien por una combinación de ambas posibilidades. Los valores en cuestión tienen carácter subordinado y son perpetuos, aunque con una

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

opción de amortización anticipada para el emisor a partir del quinto año desde la fecha de la emisión. Se encontraban admitidas a negociación en el mercado AIAF, mercado descentralizado en el que las partes acuerdan previamente los términos de la operación, comunicándose de seguido a dicho mercado, de modo que la orden de venta para hacerse efectiva requiere la existencia de una contrapartida adecuada en el mercado, por lo que no gozan de liquidez inmediata, no existe garantía de recuperar el capital invertido ni se contempla compromiso de recompra por el emisor, quedando por tanto sometidos a las condiciones que existan en el mercado en cada momento cuando se quiera hacer líquida la inversión mediante su venta.

En definitiva, la conjunta consideración de las características antes expuestas revela nos hallamos ante un producto complejo, pues escapa al normal entendimiento de una persona carente de conocimientos o experiencia en el sector financiero. **Así mismo es un producto de riesgo, tal y como lo califica la propia Comisión Nacional del Mercado de Valores**en el informe que emitió en relación con el caso que nos ocupa (f 18 y ss), basando dicha calificación en que carece de fecha de vencimiento, tiene una rentabilidad condicionada y una situación claramente subordinada en la prelación de crédito. **En función de ello, tal y como dispone el art. 4 del Código General de Conducta de los Mercados de Valores, Anexo del RD 629/1993 de 3 de mayo** EDL1993/16198 **, antes de realizarse la contratación debería haberse recabado la correspondiente información acerca de la situación financiera de quien deseaba efectuar la compra, sus objetivos y experiencia inversora, así como de conformidad a lo dispuesto en el art 5 del Código de Conducta citado debió proporcionársele una información clara, precisa y suficiente para que pudiera formar correcta y completamente su consentimiento acerca de este producto de riesgo.**

El cumplimiento de los citados deberes lógicamente incumbía a Caja Laboral, única entidad que entró en relación con el cliente inversor en virtud del contrato de comisión mercantil antes citado. Pues bien, el análisis de la prueba obrante en autos evidencia no acredita dicha entidad de crédito haber elaborado perfil alguno acerca de las características personales, financieras, inversoras, etc..., de los actores antes de proceder a la contratación. Si se ha demostrado se trata de personas ya de avanzada edad, que no habían realizado jamás inversiones en productos de riesgo, que no consta tuvieran conocimiento o experiencia alguna en materia de inversión en valores y que tenían sus ahorros en dicha entidad bien en libretas a la vista (5.173,19 euros), bien en depósitos a plazo fijo (38.000 euros), lo que evidencia un perfil claramente conservador en esta materia. Como información consta en la orden de valores que suscribieron que tuvieron a su disposición el Folleto informativo de la emisión y que se les entregó el resumen de dicha emisión confeccionados por Eroski, mas sin que se haya aportado ni el uno ni el otro, de modo que se ignora si su mera lectura basta a unas personas de tales características para tomar perfecto y completo conocimiento sobre las especiales y complejas características que hemos comentado y así poder formar correctamente su consentimiento. Así mismo la testifical del director de la sucursal con la que operaban los demandantes evidencia que era la propia Caja quien incentivaba entre sus clientes la contratación de este tipo de producto, remitiéndoles a sus domicilios publicidad y poniéndola a su alcance en los mostradores de las oficinas, sin que relate haberles proporcionado información suplementaria alguna.

En base a lo antedicho no cabe sino ratificar la conclusión alcanzada por el juzgador de instancia, en el sentido de que la entidad demandada no ha acreditado en absoluto haber proporcionado la imprescindible información para que unos clientes como los actores pudieran formar correcta y completamente su consentimiento acerca de las complejas y arriesgadas características del producto que les ofreció y que contrataban, lo que les hizo incurrir en un error esencial y excusable que vicia de nulidad el contrato"

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

También en relación a tales productos, pueden resultar de interés muchas de las consideraciones que efectuó la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, en Sentencia de 30 de septiembre de 2013.

Es cierto que dichas consideraciones son efectuadas en relación a un contrato de permuta financiera, pero son extensibles en la mayoría de sus términos a los presentes contratos ya que, desde la perspectiva de este juzgador, los aquí discutidos son instrumentos financieros complejos, regulados por la Ley del Mercado de Valores,

Procede, por ello, recoger las consideraciones anteriormente señaladas:

"Hay que partir de que en nuestro caso, el contrato litigioso fue suscrito en fecha 27 de mayo de 2008. Por lo tanto, adelantaremos ya que resulta de aplicación a este contrato la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores en su redacción dada por la ley 47/2007 de 19 de diciembre, que entró en vigor en fecha 21 de diciembre de 2007; igualmente, es de aplicación a este contrato objeto de autos el Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero (que entró en vigor el 17 de febrero de 2008) por el que se modificó parcialmente el reglamento de la ley 35/2003, de 4 de noviembre , de Instituciones de Inversión Colectiva. También debemos poner de manifiesto desde este momento que a lo expuesto no es óbice que este contrato hubiera sido precedido de otros de igual naturaleza suscritos entre las mismas partes (contratos de 9 de mayo y de 25 de noviembre de 2007) pues la Ley no contempla que esta normativa tenga que dejar de aplicarse por el hecho de que anteriormente se hubiesen suscrito otros contratos por las partes en los que por otra parte tampoco consta en absoluto que se hubiese cumplido el deber de información por parte de la financiera

Partiendo pues de la aplicabilidad de dicha normativa, diremos que las referidas permutas se configuran como instrumentos financieros, incluidos como tales en el art. 2.2 de la Ley 24/1988 de Mercado de Valores, y con la misma calificación jurídica en la Directiva MIFID, en su número 4 de la Sección C de su Anexo I, con lo que es de aplicación la normativa especial reguladora de tal clase de contratos.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

Su condición de producto derivado proviene de que su valor depende de otro activo o índice denominado subyacente (en este caso los tipos de interés).

Son instrumentos financieros complejos, así resulta de la exclusión contemplada en el art. 79 bis a) de la LMV, en el que se señala que no se considerarán instrumentos financieros no complejos: "ii) los instrumentos financieros señalados en los apartados 2 a 8 del art. 2 de esta Ley", entre los que se encuentran los Swaps, luego, a *contrario sensu*, hay que entender que son instrumentos complejos, lo que adquiere especial valor con respecto al deber de información de la entidad financiera contratante.

No podemos estar, por lo tanto, de acuerdo con la afirmación del recurrente de que "la naturaleza jurídica del contrato litigioso no puede calificarse como especulativa o de apuesta, al margen de su esencial condición aleatoria" (vide folio 7 del recurso, folio 317 de autos). Por el contrario, se trata de productos novedosos y desconocidos en la práctica comercial minorista en la que se movían los demandantes, al tiempo de su comercialización de tal producto, en el año 2008; es también un contrato de adhesión, en tanto en cuanto sus cláusulas son impuestas unilateralmente por la entidad bancaria; y desde luego, es un contrato de naturaleza aleatoria y también, especulativa, pues pese a lo sostenido en el recurso, tal naturaleza deriva de que las recíprocas prestaciones de las partes se encuentran sujetas a un factor incierto como lo constituye la evolución del tipo de interés de referencia pactado, lo cual determina que nos hallemos ante productos de riesgo; máxime, dadas las concretas condiciones pactadas, como sucede en el caso objeto de este litigio, que colocaban a la entidad demandada, según vamos a exponer a continuación, en una situación privilegiada, que rompía con el equilibrio de las prestaciones……

……..Lo primero que llama la atención cuando se analiza la normativa del mercado de valores, es que sorprende (muy

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

positivamente) la protección dispensada al cliente (tenga éste o no la condición de consumidor conforme al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia pero sorprende, sobre todo, lo prolijo del desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual.

Este desarrollo ha sido tanto más exhaustivo con el discurrir del tiempo y así si el art.79 de la L.M.V., en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios (letras I.A. y I.C.), el R.D. 629/1.993 concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, recabando de ella los datos que fueran necesarios conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva" (art.5.3)

La Ley 47/2.007 de 19 de diciembre por la que se modifica la Ley del mercado de valores continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos (art.79, bis num. 3, 4 y 7).

El R.D. 217/2.008 de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión (aplicable a nuestro caso), deroga el RD. 629/1993, pero no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual__(Artículos 60 y siguientes, en especial 64 sobre la información relativa a los instrumentos financieros).

Naturalmente, a la entidad bancaria demandada no le es exigible un deber de fidelidad al actor, como cliente, anteponiendo el interés de éste al suyo o haciéndolo propio. Tratándose de un contrato sinalagmático, regido por el intercambio de prestaciones de pago, cada parte velará por el suyo propio pero eso no quita para que pueda y deba exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual (art. 7 Código Civil) singularmente en cuanto a la información precontractual necesaria para que el cliente bancario pueda decidir sobre la perfección del contrato con adecuado y suficiente "conocimiento de causa", como dice el precitado 79 bis de la L.M.V.

Expuestas así la evolución y líneas generales de la precitada normativa, estudiaremos ahora el aspecto que resulta crucial en el presente procedimiento, como es el relativo a la obligación de información. Este deber de información de las entidades financieras sobre este tipo de productos bancarios en la fecha en que se celebraron los contratos objeto de autos, estaba singularmente regulado, como hemos expuesto, por la ley 47/2007, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/88 de 28 de julio, del Mercado de Valores, en sus artículos

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

78 y ss y por los artículos 60 y ss del Real Decreto 217/08, de 15 de febrero , sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y por el que se modifica el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la ley 35/03, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el RD 1309/05, de 4 de noviembre.

Se trata de normas extremadamente exigentes, que especifican la clase, categoría y contenido de la información, según el tipo de cliente de que se trate.

Las clases de clientes pueden ser de tres tipos:

a). Clientes profesionales, aquéllos en los que se presume la experiencia, conocimiento y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos, artículo 78 bis de la ley 47/2007 . Especificando en la misma quienes tienen tal consideración, pudiendo clasificarse en cuatro apartados: Uno relativo a entidades financieras, otro a organismos públicos, otro a empresarios individuales, que han de reunir, al menos, dos de las condiciones que especifica el precepto, a saber: a) que el total de las partidas del activo sea superior o igual a 20 millones de euros; b) que el importe de la cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros; c) que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros. Y otro relativo a los demás clientes que lo soliciten con carácter previo y renuncien de forma expresa a su tratamiento como cliente minorista.

b) Contrapartes elegibles (artículo 78 ter), son, básicamente, entidades e intermediarios financieros.

c) Clientes minoristas, que no son ninguno de los anteriores. Fundamentalmente los clientes individuales y Pymes.

Habida cuenta de la anterior descripción, ninguna duda cabe de que la mercantil demandante se halla en esta última categoría de clientes minoristas.

En relación con la clase y tipo de información que deben proporcionar a los clientes minoristas como es el demandante,

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

el artículo 79 de la ley señala que "las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes". Y dentro de esa afirmación genérica encuentran las obligaciones de información, de forma que conforme a lo prevenido en el artículo 79 bis, existe obligación de mantener en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.

Y esta información debe ser : 1.- imparcial; 2.- clara.- 3.- no engañosa.

Por otro lado, el artículo 60 del RD 217/08 , fija con sumo detalle las condiciones que ha de cumplir la información para "*ser imparcial, clara y no engañosa*". Entre ellas son de destacar el que ha de ser exacta y que no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible, ha de ser suficiente y se presentará en forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus posibles destinatarios, y no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes. Junto a ello, el artículo 60.5 establece que si la información contiene datos sobre resultados futuros, deberán cumplirse los siguientes requisitos: a) No se podrá basar en resultados históricos simulados ni hacer referencia a los mismos. b) Se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos. c) Cuando se base en resultados brutos, deberá publicarse el efecto de las comisiones, honorarios u otras cargas. d) Se deberá advertir de forma visible que las previsiones no son un indicador fidedigno de resultados futuros.

Por otra parte, el artículo 62 del RD establece que "las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes minoristas, incluidos los potenciales, la siguiente información, con antelación suficiente a la celebración del contrato de prestación de servicios de inversión o auxiliares, o a la propia prestación

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

del servicio, cuando éste sea anterior a aquel: a)Las condiciones del contrato; b)La información exigida en el artículo 63 en relación con el contrato o con los servicios de inversión o auxiliares. También establece que "las entidades deberán proporcionar a los clientes minoristas, incluidos los potenciales, la información exigida por los artículos 63 a 66 con antelación suficiente a la prestación del servicio en cuestión; y que asimismo, deberán notificar con suficiente antelación cualquier cambio importante en dicha información que resulte pertinente para un servicio que se esté prestando al cliente en cuestión".

Y este precepto (artículo 62 RD) señala a continuación algo que resulta especialmente relevante en nuestro caso: que " la información exigida en los apartados anteriores deberá proporcionarse en un soporte duradero o, a través de una página web, siempre que en este segundo caso, cuando no se den las circunstancias para considerarla como soporte duradero, se cumplan las condiciones señaladas en el artículo 3.2".

Por lo tanto, conforme al artículo 62 del RD la entidad financiera debe suministrarse a todo cliente minorista la referida información que minuciosamente regula el RD en un soporte duradero, de donde resulta evidente que no basta con las explicaciones verbales que la demandada sostiene (sin prueba suficiente, como luego veremos) que en este caso que suministró a los actores, sino que es necesario que esa información se suministre en un soporte duradero.

Entre la información que conforme al artículo 62 del RD ha de proporcionarse al cliente minorista en un soporte duradero se encuentra la prevenida en el art. 64, el cual regula la información sobre los instrumentos financieros, estableciendo que las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional. En la descripción se deberá incluir una explicación de las

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas. En la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

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

En esa misma línea, en cuanto a la información referente a instrumentos financieros y a las estrategias de inversión, el artículo 79 bis, 3 de la LMV, del cual el artículo 64 del RD no es sino un desarrollo, obliga a introducir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a dichos instrumentos o estrategias.

Por último, dentro de las obligaciones de información que tienen las entidades que prestan servicios de inversión, el artículo 79.5 de la ley incluye la de asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, estando obligadas a obtener la información necesaria sobre los conocimientos y experiencias del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de la inversión correspondiente al tipo de producto de que se

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

trata o servicio concreto, sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Y el artículo 79 bis 7, a fin que la entidad pueda valorar si el producto financiero es adecuado o no para el cliente, señala que la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de servicio concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, siendo denominados "tests de idoneidad" y "test de conveniencia", respectivamente, respecto de los que existen recomendaciones en el CNMV, sobre los datos que han de contener. La evaluación de la conveniencia de la inversión es obligatoria. Así, el artículo 73 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y demás entidades que prestan servicios de inversión, establece que: " A los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis. 7 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que prestan servicios de inversión distintos de los previstos en el artículo anterior (servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de cartera en los que lo que se requiere es una evaluación de la idoneidad) deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o servicio de inversión ofertado o demandado".

De todo lo expuesto es fácil llegar a la conclusión que el legislador español y europeo, tiene como objetivo el ser extremadamente puntilloso sobre los derechos de los clientes al suscribir este tipo de contratos, entre ellos el derecho a la información, que debe de garantizarse de la forma expuesta. Por consiguiente, al celebrar el "contrato sobre operaciones financieras" de 27 de mayo de 2008 que es objeto de estos autos la entidad financiera debió de realizar los test "mifid" sobre conveniencia e idoneidad y debió de facilitar en soporte

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

duradero (esto es, no basta la mera comunicación verbal) la información sobre los extremos antes aludidos derivados de la suscripción de este contrato. Sobre la normativa MIFID, añadir tan solo que como enseña la reciente STJUE de 30 de mayo de 2013, la normativa MIFID es aplicable también a las operaciones de swap concertadas de forma individualizada por los bancos y, por ello, debió garantizarse el cumplimiento de las garantías de protección del pequeño inversor (minorista).

El recurrente sostiene que tal información debía entenderse ya cumplida en este caso, por el hecho de que no era el primer contrato de este tipo que la mercantil actora suscribía, ya que antes de la celebración del "contrato sobre operaciones financieras" de 27 de mayo de 2008 objeto de esta "litis", había suscrito contratos de naturaleza similar (contratos de 9 de mayo y de 25 de noviembre de 2007, anteriores al contrato litigioso).

A este respecto, debemos decir que efectivamente no se discute la celebración de dichos contratos previos que obran a los folios 221 y siguientes de autos. Sin embargo, ello no constituye óbice al deber de información que, al suscribir el "contrato sobre operaciones financieras" de 27 de mayo de 2008, se le imponía a la entidad financiera por la Legislación que hemos analizado, la cual ya estaba en vigor a esta fecha.

Pero es que además, y como argumento más importante, debemos indicar que el que se hubiesen concertado por el demandante, antes de suscribir el contrato litigioso, los contratos de 9 de mayo y de 25 de noviembre de 2007, en absoluto implica que al celebrarse aquellos contratos anteriores, la hoy demandante hubiese sido informada en aquel momento por la financiera, de forma cabal y exacta, del riesgo que entrañaba esa operación, ni del la circunstancia, ya expuesta, del desequilibrio de las posiciones de las partes en el contrato (en el sentido de que en situación similar, la ganancia del banco era superior a la que podía aspirar el cliente). Es decir, ni hay prueba de que la parte actora fuese informada de la forma expuesta al suscribir el "contrato sobre operaciones financieras" de 27 de

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

mayo de 2008 que es objeto del presente procedimiento y al que le es aplicable la normativa que acabamos de exponer, ni existe prueba tampoco de que la mercantil demandante hubiese sido informada de ninguna manera antes, cuando suscribió los contratos de 9 de mayo y de 25 de noviembre de 2007, anteriores al contrato litigioso. En particular, no hay prueba alguna de que en ninguno de estos casos la actora hubiese sido informada del alto peligro que la operación conllevaba para el cliente, en el caso de que se produjera una bajada relevante del euribor. Es cierto que en las fechas en que se suscribieron estos contratos anteriores al litigioso, no era de aplicación la normativa introducida por la ley 47/2007, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/88 de 28 de julio, del Mercado de Valores, ni tampoco el Real Decreto 217/08, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión. Pero en todo caso, sí era de aplicación la redacción anterior de la LMV , cuyo art. 2 decía textualmente: "también quedarán comprendidos dentro de su ámbito los siguientes instrumentos financieros: b) Los contratos financieros a plazo, los contratos financieros de opción y los contratos de permuta financiera, siempre que sus objetos sean valores negociables, índices, divisas, tipos de interés"; y el art. 79 disponía que " las entidades de crédito deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos: a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado. b) Organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos. c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios ". Y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios , derogado por Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero establecía en su artículo 14 que "los contratos-tipo deberán contener, además de las características esenciales

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

de los mismos, ajustadas en todo caso a lo dispuesto por la Ley 26/1984, de 19 de julio , general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, los requisitos y condiciones para su modificación y resolución anticipada, el sometimiento de las partes a las normas de conducta y requisitos de información previstos en la legislación del Mercado de Valores, y, en general, los requisitos que, según las características de la operación de que se trate, se establezcan por el Ministro de Economía y Hacienda" y el artículo 16.2 señalaba que "las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones". Pues bien, no existe constancia de que la información sobre el riesgo de esta clase de operaciones se le dispensase tampoco al cliente al suscribir aquellos contratos anteriores por lo que se concluye que el mero hecho de haberlos suscrito no significa sin más que el referido cliente conocerá, al suscribir el contrato hoy litigioso, los riesgos (y pérdidas) en que podría incurrir en una operación como la que estaba concertando; máxime si tenemos en cuenta que al suscribir el contrato hoy litigioso ("contrato sobre operaciones financieras" de 27 de mayo de 2008) la entidad financiera incumplió las exigencias que establecían tanto la ley 47/2007, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/88 de 28 de julio, del Mercado de Valores, como el Real Decreto 217/08, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión.

Alega también el apelante que la testifical acredita que sí se proporcionó a la mercantil demandante la oportuna información sobre el producto financiero que suscribía.

Sin embargo, la sentencia recurrida transcribe con precisión el interrogatorio, en el cual este testigo explicó cual fue la información que proporcionó a la parte demandante. Pues bien, debe coincidirse con el parecer de la juzgadora de Instancia, en el sentido de que a tenor de dicha explicación, es meridiano que no se informó al cliente, tal como exige la Legislación antes expuesta, de los riesgos propios de este tipo de

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

RDMF
Revista de Derecho del Mercado Financiero
Jurisprudencia

instrumento financiero, y en particular, del riesgo para el cliente en el caso de que se produjera una relevante bajada del índice de referencia (euribor). No consta que se le hiciera una simulación por escrito de los diferentes escenarios futuros, ni menos todavía –obviamente- de que se le informase de la eventual consecuencia contractual en caso de una situación de euribor bajo (verbigracia, y sin ir más lejos, como la que tiene a día en que esto se redacta, en que el euribor es del 0,536%, lo que de acuerdo con el contrato determinaría que a día de hoy el cliente debería pagarle al Banco la elevadísima cifra del 4,11% trimestral). Pero es que además, no debe olvidarse que el testigo es un empleado de la demandada, y no solo esto, sino que al parecer fue la persona o una de las personas que en nombre de la demandada negoció con el demandante el contrato litigioso. Por lo tanto, no es ya que se trate de una persona vinculada profesionalmente a la demandada en este procedimiento, sino es que además aparece estrechamente vinculada a los hechos; obsérvese que nada tiene de extraño que este testigo manifieste en juicio que proporcionó a la parte actora toda la información necesaria, pues lo contrario, esto es, el reconocer haber incumplido ese deber de información, sería tanto como reconocer por su parte no haber hecho bien su trabajo, motivo éste cabal para concluir que este testigo no ofrece las necesarias garantías de imparcialidad. En este sentido, como ya dijimos en sentencia de esta Audiencia Provincial de La Rioja de 1 de junio de 2012, no olvidemos el Código Civil en el ya derogado artículo 1248 contenía una norma de la sana crítica o sentido común en relación con la interpretación de las pruebas testificales cuando de la verificación de la existencia de un contrato se tratare, diciendo que los tribunales se deberían cuidar de *"evitar que por la simple coincidencia de algunos testimonios, a menos que su veracidad sea evidente , queden definitivamente resueltos los negocios en que de ordinario suelen intervenir escrituras, documentos privados o algún principio de prueba por escrito"*. Es cierto que tal norma no está en vigor, pero son numerosas

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

las sentencias (por todas, Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sec. 6ª, de 3 de mayo de 2011, de la Audiencia Provincial de Salamanca, sec. 1ª, de 16 de mayo de 2011, de la Audiencia Provincial de Baleares, sec. 5ª, de 14 de julio de 2005, etc) que consideran que la derogación de este precepto no es óbice para que los órganos jurisdiccionales apliquen ese criterio como pauta evaluadora de las pruebas en relación con lo dispuesto en el artículo 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al determinar que los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme las reglas de la sana crítica. Y en este caso, ya hemos reiterado que el cumplimiento suficiente, correcto y efectivo del deber de información ha de efectuarse mediante "soporte duradero" (artículo 62 del RD 217/2008) y que dada la naturaleza de estos instrumentos financieros complejos, se trata indudablemente de aspectos en los que intervienen documentación escrita. Por lo tanto, no puede pretenderse por el recurrente, en contra de la imparcial valoración llevada a cabo por la juez "a quo" ante la que se practicó la prueba, acreditar haber cumplido el deber de información utilizando para ello esencialmente una prueba testifical, prestada además no por una persona ajena a los hechos, sino por la misma persona que en nombre de la entidad financiera negoció el contrato.

En consecuencia, por todo lo expuesto, debemos concluir que se incumplió gravemente el deber de información para con el cliente al suscribir el "contrato sobre operaciones financieras" de 27 de mayo de 2008.

Sentado ya que existió incumplimiento del deber de información, debemos analizar ahora si de dicho incumplimiento se derivó causalmente un error entendido como vicio en el consentimiento susceptible de anular el contrato (artículo 1265 y 1266 del Código Civil).

Para determinar si en este caso la infracción del deber de información (que como ya hemos explicado, se produjo realmente) determinó un error determinante de anulabilidad del contrato,

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

debemos partir de que solo el error excusable puede justificar la anulabilidad del contrato. "La regla consiste .- dice el Tribunal Supremo- en que para que el error invalide el consentimiento y permita la anulación del contrato en el que concurrió, debe ser excusable, es decir, que con la diligencia debida, la persona que lo ha sufrido no hubiera podido excluirlo" (STS, Civil sección 1 del 13 de julio del 2012 (ROJ: STS 5691/2012) STS, Civil sección 1 del 04 de octubre del 2012 (ROJ: STS 6152/2012). Como indica la STS de 26 de julio de 2000 en orden a la declaración de nulidad del contrato por error en el consentimiento, han de concurrir los requisitos que el artículo 1266 y la Jurisprudencia (entre otras Sentencias 18 febrero 1994, 14 julio 1995, 28 septiembre 1996 y 6 febrero 1998) exigen al respecto: "recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quién lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular (Sentencias 14 y 18 febrero 1994, y 11 mayo 1998). Según la doctrina de esta Sala la excusabilidad ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido el error, como las del otro contratante, pues la función básica del requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente (Ss. 4 enero 1982 y 28 septiembre 1986)".

La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre del 2012 (ROJ: STS 7843/2012), referida concretamente a un contrato de permuta financiera, amén de partir, en general, de que hay que estar en cada caso a las circunstancias concurrentes a la hora de resolver si la falta de información causa error-vicio del consentimiento, proclama también que hay error como vicio

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

del consentimiento cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta y que es cierto que se contracta por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias - pasadas, concurrentes o esperadas - y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado, pero añade que "si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses". Reitera que el error ha de ser, además de relevante, excusable y que, en aquel caso, "la operación financiera, en su conjunto, tuvo un carácter puramente especulativo, en el sentido etimológico de realizada con la esperanza de obtener beneficios basada en las variaciones de los índices utilizados" y que la parte actora "fue expresamente informada por la entidad de crédito en lo esencial de los riesgos". (El subrayado es nuestro)

Sin embargo no es este el caso que nos ocupa, pues como ya hemos explicado exhaustivamente, en el presente caso sucedió lo contrario: la entidad financiera no informó a la actora de los riesgos, en particular del que se podría derivar en el caso de una bajada relevante del euribor. Es cierto que en esta sentencia del Tribunal Supremo finalmente se rechaza la declaración de nulidad del contrato, pero estimamos que es después de valorar las circunstancias específicas que concurrían en el litigio porque en definitiva se dice que "con los hechos declarados probados en la sentencia recurrida no hay base para, aplicando los juicios de valor pertinentes, anular por error los litigiosos contratos ". Indica además que " aunque en muchos casos un defecto de información puede llevar

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

directamente al error de quien la necesitaba, no es correcta un equiparación, sin matices, entre uno y otro, al menos en términos absolutos", de donde se extrae la consecuencia de que en otros casos sí es posible que ese defecto (o ausencia) de información sobre aspectos esenciales del contrato (como sin duda lo es el riesgo existente y su alcance) puedan generar un error-vicio. Y no cabe duda de que nuestro caso es diferente al examinado en aquella ocasión por el Tribunal Supremo, pues en esta ocasión (a diferencia de la que resolvió el Tribunal Supremo) no cabe duda de que la parte actora no fue expresamente informada por la entidad de crédito en lo esencial de los riesgos.

Por otra parte, la reciente STS de 9 de mayo de 2013 refiere, con relación a las cláusulas suelo, que las cláusulas contractuales, excepcionalmente las referidas al objeto principal del contrato, pueden infringir los deberes de transparencia. Dice la sentencia, por una parte, que "(e)l conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias- singularmente para el imponente" no obligaría a ninguna de las partes" y que "(n)o excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial" y añade que "la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera como contraprestación o factor de equilibrio del suelo".

Trasladando toda esta doctrina a nuestro caso, y partiendo de que el deber de información no se respetó, la excusabilidad del error parece más acorde con las circunstancias concurrentes. No existió un comportamiento por el Banco conforme a derecho, pues se infringió el deber de información y el deber de transparencia, en el sentido del art. 79 de la L.M.V. y de

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

velar por el interés de sus clientes, "cuidando que tales intereses como si fueran propios", en particular observando las normas establecidas en este capítulo y en las disposiciones reglamentarias que lo desarrollan a las que hemos hecho referencia exhaustiva en esta resolución. En un contrato de las características que tiene el que nos ocupa, el conocimiento del riesgo asumido es clave. Sin ese conocimiento, o con una convicción errónea acerca del alcance del riesgo asumido propiciada por la falta de claridad del contrato, no hay consentimiento válidamente prestado. Y en este caso no existe ni el más leve indicio de que dicho riesgo, pese a lo elevado que podría llegar a ser el mismo en el caso de bajada relevante del euribor, fuera conocido por el cliente, ni que el BANESTO hiciera nada para que el cliente pudiera haberse hecho una representación cabal y fidedigna del riesgo asumido. El haber suscrito dos contratos antes no implica, como antes se ha explicado, este conocimiento. A este respecto insiste el apelante en su argumento y argumenta para reforzarlo que en relación a los dos contratos anteriores no se ha promovido su nulidad, quizás porque dieron rendimientos positivos para el cliente. Sin embargo, de la documental obrante en autos (véanse folios 261-263) observamos que esos rendimientos positivos a que alude el recurso fueron, en el caso del contrato de 9 de mayo de 2007, de 55,24 euros en total; y en el caso del contrato de 25 de noviembre de 2007, fueron de 164,83 euros. Es claro que ofrecieron rendimientos positivos para el cliente porque el euribor en aquella época todavía estaba alto, no obstante lo cual, y pese a esa conyuntura favorable al cliente, resulta llamativo que la rentabilidad para el mismo no fue precisamente elevada, pues entre los dos contratos al cliente le reportaron poco más de doscientos euros, riesgo este ciertamente exiguo para el banco. Por el contrario, es al celebrar el "contrato sobre operaciones financieras" de 27 de mayo de 2008, con la previsión del euribor ya a la baja, cuando inmediatamente se patentiza el elevadísimo riego que para el cliente tenían este tipo de contratos, riesgo que insistimos no

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

RDMF
Revista de Derecho del Mercado Financiero
Jurisprudencia

consta que el Banco pusiera de manifiesto al cliente. Pues como es de ver a los folios folio 263-271 de autos, las liquidaciones de este contrato arrojaron a favor del Banco y en contra de la actora un saldo de nada menos que de 4192,50 euros a 31 de marzo de 2009; 7884,14 euros a 30 de junio de 2009; 9021,11 euros a 30 de septiembre de 2009; 9994,78 euros a 31.12.2009; 9857,50 euros a 31 de marzo de 2010 y, en fin, 10.149,03 euros a fecha 30 de junio de 2010. En julio de 2010 ya interpuso la demanda que da vida a esta "litis".

Es decir: que en el periodo de 18 meses que abarca desde el 1 de enero de 2009 hasta el 30 de junio de 2010, el banco tuvo una liquidación favorable de más de cincuenta mil (50.000 euros).

La comparación de esos 50.000 euros favorables al banco cuando la coyuntura era favorable a este, con los poco más de 200 euros que percibió el cliente por los dos primeros contratos cuando el escenario económico era favorable al mismo, habla por sí sola. Resulta lógico que siendo tan reducida la ganancia que experimentó el cliente cuando la situación era favorable para él, no pudiera representase cabalmente, si no se le brindaba ninguna información adicional, que si la situación cambiaba pudiera experimentar unas pérdidas tan elevadas; pues lo razonable es pensar que si la expectativa de ganancia para él, en situación económica favorable, era de unos 200 euros, la posibilidad de pérdida, en caso de que la situación económica cambiase, ascendería a una cantidad semejante, a lo sumo algo más elevada, pero en absoluto es lógicamente predecible que siendo la ganancia en situación favorable de 200 euros, si la situación cambiaba la pérdida podía ser de 50.000 euros, esto es, nada menos que 25 veces superior a la ganancia.

En consecuencia, nada tiene de extraño que la nulidad no se promoviese con los dos primeros contratos (pues el escenario económico todavía no había evidenciado el riesgo que conllevaba este tipo de contratos) y que sin embargo, sí se promoviese, por el contrario, después de que tras las bajadas del euribor se pusiera de manifiesto el altísimo peligro que conllevaba

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

RDMF
Revista de Derecho del Mercado Financiero
Jurisprudencia

este contrato, peligro acerca del cual BANESTO no advirtió jamás a su cliente. En definitiva, concluimos que la suscripción de los dos contratos anteriores y su evolución, lejos de permitir al cliente conocer la verdadera naturaleza del contrato y del riesgo asumido, por el contrario abundaron en la creencia errónea del cliente acerca del alcance de este tipo de contratos y las posibles consecuencias que podrían acarrearle, error éste propiciado "ab initio" por la ausencia de información sobre el verdadero carácter y el riesgo que conllevaba el producto financiero suscrito.

Estamos en suma ante un error inducido por la contraparte, que ante la falta de información se convierte en excusable.

Todo ello conduce sin más argumentaciones a desestimar el recurso de apelación articulado, pues nótese también la interpretación efectuada por el T.S.J.U.E. de 30 de mayo de 2013 (aun referida a los swaps) respecto al asesoramiento en materia de inversión que se establece en el art. 4, apartado 1, punto 4° de la directiva MIFID, con la evaluación prevista en el art. 19 apartado 4° de la Directiva (respecto a la evaluación de la idoneidad y conveniencia) debiendo ser objeto de interpretación estricta las excepciones al sistema de evaluaciones, pues las mismas pretenden proteger a los inversiones, siendo el objetivo fundamental de tal Directiva".

QUINTO. Se ha alegado por la entidad demandada como causa de oposición la posible caducidad de la acción ejercitada por la actora.

Aún cuando se comparte con la demandada que la acción ejercitada es la de anulabilidad del contrato por vicio del consentimiento (en ningún caso inexistencia del mismo), y ciertamente el plazo para su ejercicio es de cuatro años, no puede llegarse a la misma conclusión que la demandada, ya que el momento en que debe valorarse el inicio de dicho plazo no es el reseñado en la contestación.

Así, la Sentencia de 15 de mayo de 2013 de la Audiencia Provincial de La Rioja señaló:

"Por otro lado, como razona la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 16 de julio de 2012: "Pese a lo indicado por ésta última, y en base a los hechos y fundamentos

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

jurídicos de su demanda, la acción de nulidad ejercitada no viene realmente fundada en la inexistencia de consentimiento (ex artículo 1261 CC) - sin que conste tal afirmación en la sentencia dictada por esta Sala en fecha 6 de octubre de 2010, tal y como pretende la parte apelante- y que efectivamente determinaría el no sometimiento a plazo alguno para su ejercicio, sino en la concurrencia de error en el consentimiento prestado con el argumento de que el legal representante de la entidad no tuvo cabal conocimiento del contenido de los contratos -supuesto de anulabilidad del artículo 1265 CC - respecto del que el artículo 1301 del Código Civil establece el plazo de cuatro años para el ejercicio de la correspondiente acción de nulidad, plazo que ha de computarse, como el mismo precepto establece, desde la consumación del contrato. Pues bien, a propósito de dicha cuestión esta Sala ya tuvo ocasión de pronunciarse en sentencia de fecha 11 de julio de 2011 (Pte. Sra. Martorell) indicando: "La norma aplicada por el magistrado "a quo" ha sido interpretada por la Sala Primera del Tribunal Supremo. Señala la Sentencia de 6 de septiembre de 2006 (Tol 1.014.544) que la ambigüedad terminológica del artículo 1301 CCal referirse a la "acción de nulidad ", ha sido precisada doctrinal y jurisprudencialmente en el sentido de distinguir lo que son supuestos de nulidad radical o absoluta y lo que constituyen supuestos de nulidad relativa o anulabilidad; resultando asimismo de la expresada Sentencia que el plazo fijado en el precepto para el ejercicio de la acción de nulidad es aplicable a las ejercitadas para solicitar la declaración de nulidad de los contratos y, por extensión, de los demás negocios jurídicos que "adolezcan de algunos de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley ", siempre que en ellos, según se desprende del artículo 1300 CC, al cual se remite implícitamente el artículo 1301 CC, " concurran los requisitos que expresa el artículo 1261 ", es decir, consentimiento, objeto y causa, sin los cuales " no hay contrato ". Cuando no concurren los requisitos establecidos en el artículo 1261 CCse está en presencia de un supuesto de nulidad absoluta o de pleno Derecho, equivalente a la inexistencia, cuya característica radica en la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno, en la retroacción al momento del nacimiento del acto de los efectos de la declaración de nulidad y en la inexistencia de plazo alguno de caducidad o prescripción para el ejercicio de la acción correspondiente. Por su parte, en la Sentencia de 21 de enero de 2000 se declara que "...resulta inaplicable el artículo 1301... ya que el plazo de los cuatro años procede respecto a los contratos en los que concurren los requisitos del artículo 1261, y las relaciones afectadas de nulidad absoluta, como la que nos ocupa, al resultar inexistentes en derecho, no pueden convalidarse con el transcurso del tiempo, al ser imprescriptible la acción de nulidad " (Y en los mismos términos las Sentencias de 22 de noviembre de 1983, 25 de julio de 1991, 31 de octubre de 1992,

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

08 de marzo de 1994, 27 de febrero de 1997 y 20 de octubre de 1999)..../... Habiendo sido expresamente controvertido en la alzada el dies "a quo" para el cómputo del plazo prevenido en el artículo 1301 del C. Civilpara los casos de anulabilidad por error, dolo, o falsedad de la causa, en relación con la argumentación de la resolución disentida, conviene señalar que la Sentencia del 11 de junio de 2003 (Tol 276.114) declara que: "Dispone el art. 1301 del Código Civilque en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código. En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que "el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr " desde la consumación del contrato ". Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes ", criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, "en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó....". Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó".

Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 28 de mayo de 2013:

"Dicha resolución se impugna en apelación por la entidad bancaria demandada, reproduciendo como primer motivo de impugnación la excepción de caducidad de la acción ejercitada en la demanda, ya opuesta en primera instancia y que no ha sido

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

objeto de análisis en la sentencia apelada. Reitera que la acción deducida se halla afecta al plazo de 4 años contemplado en el art. 1301 del Código Civil, plazo que habría ya transcurrido a la fecha de la presentación de la demanda.

Al respecto no cabe sino reproducir el criterio de esta Sala, expresado entre otras en nuestra sentencia de 16 de julio de 2012, en la que se dice textualmente que "aun cuando diésemos por buena la tesis sostenida por la recurrente, en el sentido de que no nos hallamos ante un supuesto de nulidad radical del contrato sino de mera anulabilidad por hallarse viciado de error el consentimiento, lo cierto es que el propio precepto citado previene que en los casos de error, dolo o falsedad de la causa, el plazo en cuestión comenzará a correr desde la consumación del contrato. El momento de la consumación no ha de confundirse con el de la perfección, máxime en el caso de contratos de tracto sucesivo como el que nos ocupa, sino que debe referirse al instante en que terminan por cumplirse completamente las prestaciones que a ambas partes incumben". El primero de los contratos de permuta de tipos de interés litigiosos se concertó y perfeccionó el 27 de julio de 2005, mas sin embargo la última liquidación derivada del mismo se produjo el 2 de agosto de 2010. Es a partir de esta última fecha cuando comenzaría a computarse el plazo de los cuatro años en cuestión, que obviamente no había transcurrido cuando el 18 de mayo de 2012 se interpuso la demanda que da origen a las actuaciones. Otro tanto sucede con el segundo contrato, suscrito el 6 de marzo de 2007 y cuya última liquidación tuvo lugar el el 14 de septiembre de 2010. Rechazamos en su consecuencia haya caducado la acción que en demanda se ejercita".

La Sentencia de 5 de marzo de 2013 de la Audiencia Provincial de Asturias:

"De otro lado, en cuanto a la alegada **caducidad** de la acción, sostiene el recurrente, que el cómputo de cuatro años del art. 1.301 del CC debe de ser desde la celebración del contrato o sino desde la fecha de la primera liquidación, lo que no puede ser, pues por la Ley se dispone su cómputo desde su consumación, y sobre esto, y al respecto de los contratos de tracto sucesivo, dice la STS de 11-06-2.003: **" El motivo segundo, acogido al art 1692.4° de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia infracción del art. 1301 del Código Civil, por aplicación errónea, y del art. 1969 del mismo texto legal por su no aplicación. Se argumenta en el motivo que, ejercitada la acción de anulabilidad de los contratos por dolo, el plazo de prescripción de la acción comienza a contarse desde la consumación del contrato y no desde la fecha de su celebración como entiende la sentencia recurrida. Dispone el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de**

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código. En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que "el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr "desde la consumación del contrato". Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes", criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, "en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó....". Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó".

Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1301 del Código Civil. Entender que la acción solo podría ejercitarse "desde" la consumación del contrato, llevaría a la conclusión jurídicamente ilógica de que hasta ese momento no pudiera ejercitarse por error, dolo o falsedad en la causa, en los contratos de tracto sucesivo, con prestaciones periódicas, durante la vigencia del contrato, concretamente, en un contrato de renta vitalicia como son los traídos a debate, hasta el fallecimiento de la beneficiaria de la renta. Ejercitada, por tanto, la acción en vida de la beneficiaria de las rentas pactadas, estaba viva la acción en el momento de su ejercicio al no haberse consumado aún los contratos. Por todo ello procede la estimación del motivo."

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

Nuevamente la Sentencia de 10 de octubre de 2013 de la Audiencia Provincial de Álava:

"Ciertamente, el plazo de cuatro años recogido en el artículo 1301 del Código Civil , es un plazo de caducidad (sentencias del Tribunal Supremo como la de 3 de marzo de 2006), sin que como tal sea susceptible de interrupción (sentencias del Tribunal Supremo como la de 6 de febrero del presente año, y apreciable incluso de oficio (sentencias del Tribunal Supremo como la de 10 de marzo de 1994).

Ahora bien, dicho artículo 1301 del Código Civil dispone que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo empieza a correr desde la consumación del contrato, y como también sostiene el Tribunal Supremo en sentencias como la de 11 de junio de 2003 :

"...En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que "el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr "desde la consumación del contrato". Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes", criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, "en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó....". Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó".

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1301 del Código Civil . Entender que la acción solo podría ejercitarse "desde" la consumación del contrato, llevaría a la conclusión jurídicamente ilógica de que hasta ese momento no pudiera ejercitarse por error, dolo o falsedad en la causa, en los contratos de tracto sucesivo, con prestaciones periódicas, durante la vigencia del contrato, concretamente, en un contrato de renta vitalicia como son los traídos a debate, hasta el fallecimiento de la beneficiaria de la renta. Ejercitada, por tanto, la acción en vida de la beneficiaria de las rentas pactadas, estaba viva la acción en el momento de su ejercicio al no haberse consumado aún los contratos. Por todo ello procede la estimación del motivo....".

Y, dado que, en el presente caso, además de una orden de valores existe un contrato de depósito y administración de valores, que, si bien, conforme a su condición general 2, puede resolverse por cualquiera de las partes en cualquier momento...,es de duración indefinida, y según la propia documentación aportada por la ahora parte apelante sigue vigente, la relación entre las partes y puesta en cuestión en virtud de la demanda rectora de la presente litis, y, repetimos no simplemente de mandato (siguiendo la terminología empleada en la orden de valores), sino también de depósito y administración de valores, no puede considerarse consumada".

De conformidad con tales criterios jurisprudenciales, y no habiendo transcurrido cuatro años desde el vencimiento de los contratos, ya que dicho vencimiento no se ha producido, y es ése el momento en que se tiene constancia real de las consecuencias de lo pactado, a la fecha de interposición de la demanda, no se habría producido en ningún caso la caducidad de la acción.

El contrato de depósito y administración de valores sigue en vigor, y las consecuencias jurídicas y económicas de la compra de valores no se extinguen en el momento de la adquisición, sino que se prolongan en el tiempo hasta la venta de las mismas, de modo que tampoco se habría producido el vencimiento de un contrato que, por sus peculiares características, no puede ser calificado como de tracto único, sino de tracto sucesivo.

SEXTO. En síntesis, compartiendo plenamente los argumentos expuestos en las sentencias previamente desarrolladas, y constatando los elementos de hecho desarrollados en el fundamento tercero, la demanda debe ser estimada, ya que procede declarar la nulidad del contrato por vicio del consentimiento de la parte actora.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

La demandada no acredita haber cumplido con sus obligaciones de información en forma, generándose para la contraparte una idea equivocada del negocio a celebrar, lo que determina la concurrencia del error que anula el contrato.

Dicha nulidad del contrato conlleva la devolución de las cantidades abonadas por ambas partes con motivo del contrato, más los correspondientes intereses desde su abono, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.303 del Código Civil.

SÉPTIMO. En relación a las costas, el artículo 394 de la ley de enjuiciamiento civil señala que las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones.

FALLO

Estimo la demanda presentada por la representación de y frente a "Caja Laboral Popular" y, por tanto, declaro la nulidad del contrato de depósito y administración de valores de 17 de abril de 2009, así como de las órdenes de compra de aportaciones subordinadas Eroski de fechas 20 de abril y 29 de junio de 2009 suscritos por las partes litigantes, y consecuentemente condeno a las partes a restituirse recíprocamente las prestaciones entregadas en virtud de dichos contratos hasta la fecha de su declaración judicial de nulidad, con los intereses legales de dichas cantidades.

Condeno a la parte demandada al pago de las costas causadas.

La presente sentencia no es firme y contra la misma cabe recurso de Apelación ante la Ilustrísima Audiencia Provincial, que habrá de interponerse en el plazo de los VEINTE DÍAS siguientes a su notificación ante este mismo Juzgado conforme a los dispuesto en los artículos 458 y siguientes de la Ley 1/2.000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil.

Notifíquese esta resolución a las partes, cuyo original quedará registrado en el Libro de sentencias quedando testimonio de la misma en estos autos.

MODO DE IMPUGNACIÓN: recurso de apelación, que se interpondrá ante el Tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente de la notificación de aquélla.
Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos, sin que en ningún caso proceda actuar en sentido contrario a lo resuelto (art 456.2 L.E.C.).

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

RDMF
Revista de Derecho del Mercado Financiero
Jurisprudencia

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el Banesto en la cuenta de este expediente **2262 0000 04 0832 13** indicando, en el campo "concepto" la indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir, tras la cuenta referida, separados por un espacio la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación"

En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando, en este caso, en el campo observaciones la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA.

Así lo acuerdo, mando y firmo.

PUBLICACIÓN. Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por parte del Ilmo. Juez que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/