



Juzgado de Primera Instancia N° 1
c/ San Roque, 4 - 4ª Planta
 Pamplona/Iruña
 Teléfono: 848.42.42.36
 Fax.: 848.42.40.57
 OR050

Sección: T-M

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO**
ORDINARIO
 N° Procedimiento: **0000591/2014**

NIG: 3120142120140004889
 Materia: Obligaciones
 Resolución: Sentencia 000141/2015

SENTENCIA N° 000141/2015

En Pamplona/Iruña, a 24 de julio del 2015.

Vistos por el Ilmo. **D. JOSE ANTONIO GONZALEZ GONZALEZ**, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia N° 1 de Pamplona/Iruña y su Partido, los presentes autos de Procedimiento Ordinario n° 0000591/2014, seguidos ante este Juzgado a instancia de [REDACTED] y [REDACTED] representados por el Procurador D. JAVIER ARAIZ RODRIGUEZ y asistidos por el Letrado D. IGNACIO JOSE FERRER-BONSOMS HERNANDEZ, contra CAJA LABORAL POPULAR COOP DE CREDITO representado por el Procurador JOAQUÍN TABERNA CARVAJAL y defendido por el Letrado D. PEDRO LEARRETA OLARRA, sobre reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Que la meritada representación de la parte actora, formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, aplicables al supuesto de autos, los que se dan total e íntegramente por reproducidos en la presente resolución y en razón a la brevedad no se transcriben, terminaba suplicando al Juzgado que se dictara sentencia por la que se declare la resolución de la orden de compra, y como consecuencia de ello condene a la demandada a abonar a los demandantes la cantidad de 14.032,92 €, más el interés legal del dinero desde la fecha de su entrega; todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

SEGUNDO: Que admitida a trámite se dispuso el emplazamiento de la parte demandada, para que en el término legal, compareciese en autos asistida de Abogado y Procurador contestara aquélla, lo cuál verificó, en tiempo y forma, mediante la presentación de escrito de contestación a la demanda, por el Procurador JOQUIN TABERNA CARVAJAL, en nombre y representación de CAJA LABORAL POPULAR COOP. DE CREDITO, en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho aplicables al supuesto de autos, los que se dan total e íntegramente por reproducidos en la presente y en razón a la brevedad no se transcriben, terminaba suplicando al Juzgado que se dictara Sentencia por la que se desestimase íntegramente la demanda, absolviendo al demandado de todos los pedimentos contenidos en la misma, todo ello con expresa imposición a los actores de las costas procesales causadas.

TERCERO: Cumplido el trámite de contestación de la demanda se convocó a las partes a la celebración de audiencia previa, para cuyo acto se señaló el día 12 de noviembre de 2014, a las 13:30 horas. Al acto comparecieron todas las partes. La parte actora y la parte demandada realizaron las manifestaciones oportunas y solicitaron el recibimiento del pleito a prueba. Por S.S^a se admitieron las pruebas propuestas y se señaló el día 27 de abril de 2015, a las 11:30 horas para la celebración del juicio.

CUARTO: El mencionado día compareció la parte actora y la parte demandada. Practicadas a continuación las pruebas admitidas por S.S^a, las partes concluyeron por su orden, quedando las actuaciones para dictar Sentencia.

QUINTO: En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado las prescripciones legales salvo el plazo para dictar Sentencia dada la carga de trabajo que pesa sobre este Juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se interpone demanda por la parte actora ejercitando “alternativa y subsidiariamente” las acciones de resolución contractual de la orden de valores de fecha 12 de julio de 2006 que tenía por objeto la adquisición de 2.000 aportaciones financieras subordinadas Fagor por incumplimiento grave de la entidad demandada de sus obligaciones, de anulabilidad de la referida orden de valores por vicio en el consentimiento al haberlo otorgado con error ante la falta de información que le fue dada por la demandada omitiendo las obligaciones que le incumben, de nulidad radical de la misma por incumplimiento de las normas imperativas y prohibitivas, falta de transparencia y desproporción en la orden de valores y de incumplimiento contractual al haber incurrido la demandada en dolo y/o negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, todo ello con la pretensión de condena a reintegrar la cantidad de 14.032,92 € más el interés legal.

Frente a tales pretensiones se opone la parte demandada excepcionando su falta de legitimación pasiva, la inexistencia de infracción alguna de normas imperativas o falta de transparencia, la caducidad de la acción de anulabilidad, negando la existencia de error alguno en la contratación al haber suministrado la información precisa, siendo dicho pretendido en cualquier caso inexcusable, y negando haber incumplido sus obligaciones.

SEGUNDO: Se excepciona en primer término por la entidad demandada su falta de legitimación pasiva con fundamento en que no fue parte del contrato cuya nulidad, anulabilidad o resolución se pretende en demanda habiéndose limitado su intervención a la mera intermediación en la operación de orden de valores que se limitó a ejecutar y en que el único contrato que une a la actora con la demandada responde a la naturaleza del contrato de mandato o comisión mercantil (artículo 244 del Código de Comercio).

Dicha excepción debe ser desestimada al ser evidente que la relación jurídica existe exclusivamente entre quienes han sido parte del contrato controvertido cuya nulidad, anulabilidad o resolución se interesa, esto es, la orden de valores de las aportaciones financieras subordinadas Fagor en la que únicamente han intervenido los litigantes; los demandantes como ordenantes y Caja Laboral Popular como comercializadora de los valores objeto de la orden.

Es patente que los servicios prestados por la demandada a través de las operaciones financieras subordinadas Fagor no se limitan a la mera ejecución de la orden recibida por el cliente, sino que aquellos servicios incluyen el cumplimiento de cada una de las obligaciones que al respecto se establecen en el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios en su redacción vigente en la fecha de la orden de valores, obligaciones cuyo incumplimiento por la demandada es el que se sostiene en la demanda como determinante ya sea de la infracción de las normas imperativas, falta de transparencia, ya sea de la falta de información por parte de la demandada al dar la orden de valores, ya sea de la resolución contractual por incumplimiento por la demandada de sus obligaciones o el cumplimiento habiendo incurrido en dolo o negligencia y cuya responsabilidad, caso de prosperar cualquiera de las acciones ejercitadas, es claro solo incumbe a la entidad demandada al venir obligada a observar las normas de conducta que contempla el citado Real Decreto en concreto respecto del deber de información que debe prestar al cliente en los tratos prenegociales, negociales y posteriores a la contratación.

Tal como establece la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 12 de marzo de 2015 y la en ella citada, “Sobre la citada cuestión ya se ha pronunciado esta Sección en la sentencia núm. 69/2015, de 9 de marzo, dictada en el Rollo Civil de Sala núm. 69/2014 (juicio Ordinario 204/2013 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Tafalla), y en base al criterio expuesto en la misma no puede acogerse la excepción de falta de legitimación pasiva.

Debe partirse del hecho de que la actuación de la entidad bancaria demandada, ahora parte apelada, al tener por objeto el mandato recibido una operación de comercio, la venta de valores, y ser comerciante el comisionista, debe reputarse comisión mercantil, ex art. 244 CCom.

De los arts. 246 y 247 CCom se desprende que cuando el comisionista “contratare en nombre propio” queda “obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contratare, las cuales no tendrán acción contra el comitente, ni éste contra aquéllas”, y que si “contratare en nombre del comitente” el “contrato y las acciones derivadas del mismo producirán su efecto entre el comitente y la personas o personas que contrataren con el comisionista”, pero éste debe “manifestarlo” y “si el contrato fuere por escrito, expresarlo en el mismo o en la antefirma, declarando el nombre, apellido y domicilio de dicho comitente”.

Por ello, como en la orden de “valores” el empleado se limitó a estampar su firma bajo la fórmula “Banco Santander Central Hispano P.P.”, sin expresar que lo hacía en nombre de Fagor, ni especificar su

nombre y domicilio (documentos núm. 1 demanda y 9 contestación), la entidad bancaria demandada quedó obligada directamente con los padres de los actores como si el negocio fuera suyo, conforme a los preceptos antes señalados.

En el sentido apuntado también se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 5 septiembre de 2013 (AC 2013, 1674).

La legitimación pasiva ad causam [para el proceso], que consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud o idoneidad para ser parte procesal pasiva, en cuanto supone una coherencia o armonía entre la cualidad atribuida titularidad jurídica afirmada- y las consecuencias jurídicas pretendidas [SSTS 28 febrero 2002 (RJ 2002, 3513), 20 febrero 2006 (RJ 2006, 2913), 3 octubre 2010 (RJ 2010, 7456)], exige que aquel frente a quien se dirige la acción, en este caso la de nulidad de la orden de compra por vicio de consentimiento, concretado en el error, sea el titular de la relación jurídica material objeto del mismo (art. 10 LECiv) y, por ello, la directamente obligada al reintegro de las prestaciones en el supuesto de ser estimada la misma, cualidad ésta que concurre en la entidad bancaria demandada por aplicación del art. 247 CCom, como antes se indicó, aunque no hubiera recibido el dinero abonado por los actores.

El tenor literal del art. 247 CCom no ofrece duda interpretativa alguna, por lo que si el empleado del Banco no hizo constar en la orden de compra, ni en la antefirma, que actuaba en nombre de Fagor, quedó obligado “de un modo directo, como si el negocio fuese suyo” con los padres de los actores, sin que pueda alegarse para dejar sin efecto esa previsión legal que se trataba de una emisión pública, pues lo decisivo es que el comisionista ponga en conocimiento de la persona con la que contrata que lo hace en nombre del comitente, lo que no se ha acreditado en el caso ahora enjuiciado”.

En la orden de valores aportada a los autos, documento 2 de la demanda, es claro que por la entidad demandada no se hizo constar que actuaba en nombre de Fagor por lo que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 247 del Código de Comercio, quedó obligada de modo directo, como si el negocio fuera suyo.

A la misma conclusión se llega a la vista de la doctrina del Tribunal Supremo recogida en la Sentencia de 12 de enero de 2015 cuando establece que “En la propia documentación aportada por Banco Santander con su contestación a la demanda (en concreto, la presentación del producto “Unit Linked Multiestrategia” aportada como documento núm. 11) se hacía aparecer dicho producto como una fórmula para invertir en Fondos de Gestión Alternativa de Optimal, siendo Optimal Investment Services una «compañía establecida en Suiza y dedicada a la gestión de inversiones alternativas que pertenece en un 100% al Grupo Santander». Se informaba de que «la contratación se realiza a través de una póliza de seguro específica», para lo cual se habría celebrado un acuerdo de colaboración entre Banco Santander y Cardif Seguros, y la prima se invertiría íntegramente mediante una nota estructurada en una cesta de fondos de gestión alternativa Optimal.

El contenido de dicho documento, que fue utilizado para ofertar el producto a la demandante en una reunión que varios empleados del banco mantuvieron con ella, muestra que Banco Santander ofertó a la demandante un producto de inversión en el que el dinero de la cliente se invertía en unos fondos de inversión de una compañía del propio Banco Santander (más exactamente, de su grupo empresarial). Y que eran razones fiscales las que habían llevado a Banco Santander a celebrar un acuerdo con una aseguradora [redacted] [redacted] seguro de vida “unit linked”.

En estas circunstancias, hay que dar la razón a la recurrente cuando afirma que la mediación de Banco Santander era más formal que real. Se trataba de un producto diseñado por Banco Santander, comercializado en su red de oficinas por los empleados de Banco Santander, promocionado mediante una presentación con el membrete de Banco Santander (más exactamente, “Banca Privada Santander Central Hispano” y su logotipo) y documentado en impresos con el mismo membrete de Banco Santander, en el que la inversión iba finalmente [redacted] y de [redacted]

[redacted] directamente Banco Santander a su cliente en los estadillos relativos a la cartera de inversiones financieras de esta. En este esquema negocial, la intervención accesoria no era, como se pretende por la recurrida, la de Banco Santander como mediador de seguros, sino la de Cardif como compañía de seguros a través de la cual, mediante un seguro de vida “unit linked”, el Banco Santander comercializaba sus fondos de inversión mediante un producto que suponía un mejor trato fiscal para el cliente.

La consecuencia de lo expuesto es que Banco Santander está legitimado pasivamente para soportar la acción de anulación del contrato por error vicio del consentimiento, que además habría sido motivado por su actuación y no por la de Cardif. De lo contrario, se estaría permitiendo a Banco Santander prevalerse de una estructura negocial artificial y meramente formal, que encubre una inversión en fondos emitidos por empresas de su grupo, para dificultar la satisfacción de los legítimos derechos de sus clientes.

No puede olvidarse que en la actualidad las entidades financieras y de inversión nacionales pueden utilizar compañías radicadas en otros estados para la realización de este tipo de operaciones financieras en las que están implicados clientes no profesionales, de modo que si se obligara al cliente a demandar a la compañía extranjera utilizada instrumentalmente por la compañía nacional para articular la inversión, se le dificultaría enormemente el ejercicio de las acciones, hasta el punto de hacerlo prácticamente imposible.

Como consecuencia de lo expuesto, ha de considerarse que Banco Santander está legitimado pasivamente para soportar la acción de anulación del contrato ejercitada por la demandante”. La excepción, en definitiva, debe ser rechazada.

TERCERO: No obstante el orden de las acciones que se ejercitan en la demanda tal como resulta de su suplico y dado que aquéllas se ejercitan de manera alternativa, resulta conveniente examinar en primer lugar la acción de nulidad radical con fundamento

en que por la entidad demandada se ha incurrido en el incumplimiento de las normas imperativas y prohibitivas, falta de transparencia y desproporción en la orden de valores y al amparo de lo dispuesto en el artículo 6.3 del Código Civil.

Dispone dicho precepto que “Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

Dada la fecha de contratación del producto litigioso, 12 de julio de 2006, y como se resuelve por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 8 de septiembre de 2014, no hay duda de que entonces “no regía el actual art. 79 bis LMV, que contiene la trasposición de la normativa MiFID y entró en vigor el 17 de febrero de 2008. Por lo tanto habrá de estarse a los deberes de información exigibles en la normativa aplicable, que era el RD 629/1993, de 3 de mayo.

El art. 4 RD 629/1993, de 3 de mayo, prescribe que las órdenes de los clientes sobre valores sean claras y precisas en su alcance y sentido, de forma que tanto el ordenante como el receptor conozcan con exactitud sus efectos. En nuestro caso, no se discute el contenido de la orden de compra, sino si existió algún defecto de información que viciara el consentimiento prestado por las adquirentes.

El art. 15 de este mismo reglamento regulaba la documentación que debía ser objeto de entrega, entre la que se encontraba el documento contractual y una copia de las comisiones y gastos repercutibles, así como las normas de valoración y de disposición de fondos y valores aplicables a la operación concertada.

Propiamente, es el art. 16 el que regula la información a la clientela sobre las operaciones realizadas. El apartado 1 dispone que "las entidades facilitarán a sus clientes en cada liquidación que practiquen por sus operaciones o servicios relacionados con los mercados de valores un documento en que se expresen con claridad los tipos de interés y comisiones o gastos aplicados, con indicación concreta de su concepto, base de cálculo y período de devengo, los impuestos retenidos y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar la liquidación efectuada y calcular el coste o producto neto efectivo de la operación".

Y el apartado 2, que "las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. En este sentido, dispondrán y difundirán los folletos de emisión, informarán sobre la ejecución total o parcial de órdenes, fechas de conversión, canjes, pagos de cupón y, en general, de todo aquello que pueda ser de utilidad a los clientes en función de la relación contractual establecida y del tipo de servicio prestado".

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993, regula con mayor detalle esta información a los clientes, y dispone que:

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 pre[redacted] be [redacted] [redacted] 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, sin hacer uso de información privilegiada. A estos efectos, conservarán de forma sistematizada los estudios o análisis sobre la base de los cuales se han realizado las recomendaciones.

5. Las entidades deberán informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las [redacted] pera [redacted] [redacted] cuando de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesario al interés del cliente. Sólo cuando por razones de rapidez ello no resulte posible, deberán proceder a tomar por sí mismas las medidas que, basadas en la prudencia, sean oportunas a los intereses de los clientes.

Bajo esta normativa aplicable, la entidad que comercializaba estos productos no estaba obligada a entregar el folleto informativo del producto financiero al cliente, como después se introdujo en el art. 79 bis con la Ley 47/2007”.

Tal como establece el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de diciembre de 2014 y las en ella citadas, respecto de la pretensión de nulidad absoluta con fundamento en lo dispuesto en el artículo 6-3 del Código Civil y aun cuando en el presente supuesto no resulte aplicable la normativa MIFID, “Como recordamos en la Sentencia, 840/2013, de 20 de enero de 2014 (RJ 2014, 781) , los específicos deberes de información que se imponen a las entidades que prestan servicios de inversión en esta normativa MiFID (se aplica por extensión esta denominación a la regulación nacional que traspone la Directiva comunitaria), «responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC (LEG 1889, 27) y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law -PECL- cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica " Good faith and Fair dealing " ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: " Each party must act in accordance with good faith and fair dealing " ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso

los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar».

De este modo, al margen de los soportes documentales por medio de los cuales se dejara constancia de ello, eran exigibles los deberes de información básicamente regulados en el apartado 3 del art. 79bis LMV, para cuyo cumplimiento no es necesario ningún periodo transitorio, pues son esenciales a la prestación de estos servicios de inversión.... En su apartado 57, la reseñada STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), pone de relieve que, «si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, ésta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que traspone el artículo 9, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39, ni cuáles podrían ser esas consecuencias". En consecuencia, "a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad [vid Sentencia de 19 de julio de 2012, caso Littlewoods Retail (C-591/10 (TJCE 2012, 218)), apartado 27]».

De este modo, la normativa comunitaria MiFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, lo que nos lleva a analizar si, de conformidad con nuestro derecho interno, cabría justificar la nulidad del contrato de adquisición de este producto financiero complejo en el mero incumplimiento del deber de recabar el test de adecuación, al amparo del art. 6.3 CC (LEG 1889, 27).

Conforme al art. 6.3 CC (LEG 1889, 27), «los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención». La norma legal que introdujo los deberes legales de información del art. 79bis LMV (RCL 1988, 1644; RCL 1989, 1149 y 1781) no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero. Sin embargo sí que dispuso expresamente otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención. La Ley 47/2007 (RCL 2007, 2302), al tiempo que traspuso la Directiva MiFID, estableció una sanción específica para el incumplimiento de estos deberes de información del art. 79 bis, al calificar esta conducta de "infracción muy grave" (art. 99.2.zbis LMV), lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercados de Valores (CNMV) para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas (art. 97 y ss LMV).

Con lo anterior no negamos que la infracción de estos deberes legales de información pueda tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014.

Pero la mera infracción de estos deberes, en concreto, en este caso el deber de recabar el test de conveniencia, no conlleva por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato, como pretende el recurrente, por las razones antes apuntadas y porque, con la contravención de estos deberes legales no cabe advertir que se hayan traspasado los límites autonomía privada de la voluntad (art. 1255 CC (LEG 1889, 27))”.

Aplicando la doctrina expuesta al pre [REDACTED] b d [REDACTED] [REDACTED] las normas imperativas y prohibitivas que se aducen por la parte demandante en relación al incumplimiento por la parte demandada de sus obligaciones establecidas por la Ley de Mercado de Valores y normativa de desarrollo que resulta de aplicación por la fecha en que fue dada la orden, no puede dar lugar a la nulidad absoluta del contrato al estar previsto un efecto distinto para el caso de contravención en dicha Ley de acuerdo con lo previsto a su vez por el artículo 6-3 del Código Civil.

En efecto, de acuerdo con la LMV en su redacción vigente en la fecha en que se dio la orden de [REDACTED] infr [REDACTED] [REDACTED] dada de sus obligaciones de información no conlleva necesariamente la nulidad absoluta pretendida al no haberse establecido así y, sí, por el contrario, un efecto distinto tal como las sanciones que se recogen en sus artículos 95 y siguientes.

CUARTO: En cuanto a la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento, se exceptiona por la parte demandada la caducidad de la acción de anulabilidad que se ejercita en la demanda al haber transcurrido el plazo de cuatro años que establece el artículo 1.301 del Código Civil para su ejercicio en supuestos como el que nos ocupa en que se trata de hacer valer el vicio de consentimiento prestado por error, dada la fecha en que fue ejecutada la orden y la de interposición de la demanda de 19 de junio del 2014 como consta en el sello de entrada del Juzgado Decano.

Dispone, en efecto, el artículo 1.301 del Código Civil que “La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr:...En los supuestos de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato...”.

La excepción de caducidad de la acción de anulabilidad debe ser desestimada habida cuenta que con arreglo a lo establecido en la Ley 34 del Fuero Nuevo, dicho plazo, en el ordenamiento navarro que resulta de aplicación, no es de caducidad sino de prescripción como de manera expresa establece la citada Ley.

Así se viene a establecer por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en la Sentencia de 8 de septiembre de 2014 y las en ella citadas en supuesto similar al que nos ocupa.

Sienta dicha Sentencia, tanto respecto de la aplicación de la normativa navarra como respecto de que nos encontramos ante un plazo de prescripción, que “Examinando conjuntamente ambos motivos, ha de partirse de dos premisas fundamentales; la primera es la de que la acción ejercitada por la actora, hoy recurrente, en su demanda pretende la anulación de un contrato por estar viciado el consentimiento al haber sido prestado mediando error, esencial, excusable y padecido por dicha parte sin que sea imputable a ella; y

la segunda es que la ley 34 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra establece que "las acciones de impugnación de actos anulables prescriben a los cuatro años".

Ya se indicó en el Fundamento de Derecho Segundo de la presente sentencia que, aun cuando nos hallemos en presencia de un contrato mercantil, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 2 y 50 del Código de Comercio (LEG 1885, 21)y, específicamente para los supuestos de prescripción de las acciones en el 943 de dicho cuerpo legal, ha de aplicarse supletoriamente el Derecho Común para resolver las lagunas normativas que no hallaren regulación en el mismo, cual sucede en supuestos de vicios en el consentimiento, entre otros los debidos a error, así como los referentes a la extinción de las acciones por el transcurso del tiempo, por prescripción o caducidad.

Igualmente, quedó sentado y se da ahora por reproducido que tal apelación al derecho común no se refiere, exclusivamente al general del Código Civil (LEG 1889, 27) sino a cada uno de los distintos ordenamientos de tal naturaleza vigentes en los distintos territorios con derecho propio, cual sucede con el de Navarra.

Asimismo, quedó sentada la aplicación al contrato suscrito, en el aspecto concreto ahora considerado, de las normas del derecho civil de Navarra, por haber sido otorgado en dicho territorio y ser navarra la sociedad que los suscribió, así como los otorgantes del contrato de sociedad, como así se desprende de los documentos notariales obrantes a los autos.

Si al supuesto controvertido de extinción de la acción ejercitada por el transcurso de tiempo ha de aplicarse la normativa navarra no queda ninguna duda de que la referida ley 34 del Fuero Nuevo declara expresamente que la acción de impugnación de actos anulables prescribe a los cuatro años y, en consecuencia el mismo se trata de un supuesto de prescripción y no de caducidad, lo que así ha de ser declarado por esta Sala, manteniendo cuanto indicaron las Sentencias de 19 de diciembre de 2.008 y 11 de junio de 2.010 .

En cualquier caso, determinar que el referido plazo es de prescripción (cual deviene directamente de la ley 34 del Fuero Nuevo) tampoco es ajeno a lo que viene siendo declarado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Así, con independencia de las posiciones de los diversos sectores doctrinales, alguno de los cuales mantiene, incluso, que las acciones de nulidad y de anulación de los contratos basados en el error en el consentimiento no se hallan sometidas a su eventual extinción por el transcurso del tiempo, el Tribunal Supremo, a diferencia de cuanto se mantiene en la sentencia impugnada, se decanta porque el plazo a que alude el artículo 1.301 del Código Civil es de prescripción y no de caducidad.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1.987 (RJ 1987, 1836) así lo declara, dándolo por supuesto, cuando expresa "es que, además, el plazo que el artículo 1.301 del Código Civil establece es de prescripción y no de caducidad". Y la de 27 de febrero de 1.997 mantiene que "hay que declarar que el plazo de cuatro años que establece el artículo 1.301 del Código Civil es un plazo de prescripción y no de caducidad", como asimismo lo entendieron las

Sentencias de 23 de abril de 1.960 , 28 de mayo de 1.965 , 28 de octubre de 1.974 , 23 de marzo de 1.987 y 27 de marzo de 1.997 como las más emblemáticas.

Lo expresado confirma cuanto expresa la doctrina científica al indicar que la posición de la jurisprudencia española se decanta por tratarse de un plazo de prescripción y no de caducidad.

Y ello no pudo significar más que la posición por la que optaron los autores de la Recopilación Privada de [REDACTED] re [REDACTED] [REDACTED], antecedente inmediato de la vigente ley 34 del Fuero Nuevo, se trata de un plazo de prescripción, indicando en las notas a la misma que se recoge práctica en la aplicación en nuestro territorio conforme al Código Civil, ya que tal norma no encuentra otros antecedentes en el Derecho Histórico hasta la mencionada Recopilación Privada, de donde pasó al Fuero Nuevo o Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra.”

No obstante no haberse deducido en la contestación a la demanda la excepción de prescripción de la acción de anulabilidad, dado que entre las partes se ha [REDACTED] de [REDACTED]

[REDACTED] en este extremo el criterio del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en la Sentencia citada, cuando establece que “Es cierto que, a diferencia de la caducidad, en la que puede observarse su existencia incluso de oficio, la prescripción exige, inexorablemente, haber sido formulada por la parte demandada y, además, en los escritos rectores del procedimiento, sin que pueda ser objeto de examen en otro caso (se incurriría en incongruencia de la sentencia), como así se expresó con anterioridad, pues corresponde la total disponibilidad de dicha excepción a quien la dedujo, que, incluso, puede desistir de la misma a pesar de su inicial formulación.

No obstante lo anterior, no puede olvidarse que la entidad bancaria demandada, de forma errónea según ha quedado expresado anteriormente, presentó una excepción de caducidad y no de prescripción, pero que, como determinado sector doctrinal lo ha venido manteniendo, supone la formulación de una pretensión de extinción de la acción por el transcurso del plazo, de tal suerte que si el juzgador declarare que no se trata de un supuesto de caducidad sino de prescripción, puede entrar a su examen, sin incurrir en incongruencia, puesto que se hallaba en la pretensión ejercitada y que, además, ha sido objeto de debate en el procedimiento”.

Procede, por tanto, examinar si la acción ejercitada ha prescrito o no. A tal efecto, en lo relativo al día inicial del plazo del ejercicio de la acción, establece el Tribunal Supremo en la reciente Sentencia de 12 de enero de 2015 que “de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1301 del Código Civil, «[l]a acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: [...] En los [casos] de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato [...]».

Como primera cuestión, el día inicial del cómputo del plazo de ejercicio de la acción no es el de la perfección del contrato, como sostiene la sentencia del Juzgado de Primera Instancia (y no corrige adecuadamente la de la Audiencia) al afirmar que «la consumación del contrato vendrá determinada por el concurso de las voluntades de ambos contratantes».

No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil, con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio, que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce «la realización de todas las obligaciones» (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897, 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), «cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando «se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983).

Y respecto de los contratos de tracto sucesivo, declara la citada sentencia núm. 569/2003:

«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"».

4.- El diccionario de la Real Academia de la Lengua establece como una de las acepciones del término "consumar" la de «ejecutar o dar cumplimiento a un contrato o a otro acto jurídico». La noción de "consumación del contrato" que se utiliza en el precepto en cuestión ha de interpretarse buscando un equilibrio entre la seguridad jurídica que aconseja que la situación de eficacia claudicante que supone el vicio del consentimiento determinante de la nulidad no se prolongue indefinidamente, y la protección del contratante afectado por el vicio del consentimiento. No basta la perfección del contrato, es precisa la consumación para que se inicie el plazo de ejercicio de la acción.

Se exige con ello una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, situación en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad. Y además, al haberse alcanzado esta definitiva configuración, se posibilita que el contratante legitimado, mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento, lo que no ocurriría con la mera perfección del contrato que se produce por la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes.

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

La redacción original del artículo 1301 del Código Civil, que data del año 1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los «contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización

competente», quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción.

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

En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error”.

Aplicando dicho criterio al presente supuesto en que consta acreditado a través de la declaración testifical de la Sra. Ortega en relación con la declaración prestada por el Sr. Aldave en su interrogatorio, que fue aproximadamente en junio de 2012 cuando el citado actor tiene conocimiento de la disminución del valor de las aportaciones litigiosas acudiendo entonces a la oficina de la demandada donde se le explica la exigencia de la CNMV de cambiar el mercado AIAF por la plataforma SEND siendo en ésta únicamente cuando se deja constancia del valor real de mercado de las aportaciones al aparecer en el mercado secundario anterior siempre el valor nominal inicial, ha de concluirse que la acción examinada no ha prescrito.

La misma conclusión se alcanza siguiendo los criterios de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en la Sentencia de 8 de septiembre de 2014.

En conclusión, procede desestimar la excepción de caducidad y de prescripción de la acción de anulabilidad examinada.

QUINTO: Fundamentando la demanda la pretensión de anulabilidad del contrato en el consentimiento prestado por la parte actora por error al no haber sido informada por la demandada correctamente de las características, funcionamiento y riesgos del producto contratado, de la prueba practicada y en concreto de la declaración prestada en su interrogatorio por el Sr. Aldave en relación con las declaraciones testificales prestadas por los empleados de la entidad demandada, Sres. Jiménez y Ortega, resulta probado en lo que se refiere a la información precontractual, comercialización y contratación entre las partes, que por la entidad demandada no se facilitó a los demandantes, en concreto al Sr. Aldave por ser quien intervino en la contratación en nombre de su cónyuge como admite en su interrogatorio, más información que la que el propio Sr. Aldave detalla en su declaración.

En efecto, el Sr. Jiménez, director de oficina de Banca Premium de Navarra, reconoce en su declaración que conoce al Sr. Aldave en junio de 2006 al haber sido remitido desde la oficina, a través de la Sra. Ortega como ésta reconoce en su testimonio, para la presentación de los servicios de Banca Premium, revisión de su cartera de inversiones y propuesta de inversión. Dicho testigo y dentro de la mencionada labor que realizó con el Sr. Aldave, es categórico en cuanto a que ni propuso, ni ofertó ni informó de las aportaciones subordinadas FAGOR que nos ocupan. Acredita asimismo la declaración del Sr. Jiménez, corroborando en definitiva lo declarado por el Sr. Aldave en su interrogatorio, que éste tenía un perfil inversor moderado habida cuenta que del patrimonio que tenía en la entidad demandada, alrededor de 153.000 €, en la fecha en que se inician los servicios de Banca Premium, el Sr. Aldave tenía un 52% invertido en ahorro disponible y 48% en renta variable de la que un 40% lo era en fondos mixtos y un 8% en acciones; esto es, tan solo un 38% lo era en inversiones con riesgo. De la recomendación que el Sr. Jiménez hizo al Sr. Aldave para diversificar sus inversiones en un 30% en ahorro disponible, un 25% en inversiones a plazo fijo, un 25% en inversiones alternativas y un 20% en renta variable, lo contratado por el Sr. Aldave se limitó a un fondo alternativo, en concreto Rabobank. Ciertamente por la parte demandada no se han aportado los informes de Banca Premium relativos a tales estudios, recomendaciones y seguimiento de la cartera de inversiones del Sr. Aldave, pero tal omisión no implica en absoluto que pueda tenerse en consideración el testimonio del Sr. Jiménez explicando con detalle e identificando cada uno de los productos de inversión a que se referían sus propuestas para acreditar lo expuesto. En cualquier caso, del testimonio del Sr. Jiménez resulta plenamente acreditado que él no informó al Sr. Aldave de las características, funcionamiento y riesgos de las aportaciones FAGOR.

Del testimonio prestado por la Sra. Ortega, gestora comercial de la demandada en julio de 2006 de la oficina de los actores, resulta acreditado que conoce al Sr. Aldave desde noviembre de 2005, tratándose de un cliente habitual, siendo quien le planeta en junio de 2006 contactar con el servicio de Banca Premium por el volumen de pasivo de que disponía en la entidad y a fin de ofrecerle otros productos de inversión que no se ofrecían en la oficina. Admite la Sra. Ortega que fue quien tramita la orde [REDACTED] ju [REDACTED] [REDACTED] bien no recuerda si fue ofrecida o no al Sr. Aldave por la propia entidad demandada a través suya o si lo solicitó directamente el Sr. Aldave. No consta acreditado cuál fuera la información que la Sra. Ortega, hubiera ofrecido o no el producto, facilitó al Sr. Aldave sobre las características del producto, su funcionamiento y riesgos, y sí, por el contrario, que el Sr. Aldave en junio de 2012, con ocasión del cambio del sistema electrónico del mercado AIAF por la plataforma SEND, acudió a la oficina al detectar que el valor nominal de las aportaciones no se correspondía con el inicial lo que viene evidenciado [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] o del producto adquirido, corrobora lo declarado por el Sr. Aldave respecto de la información que le fue facilitada y hace creíble y razonable el desconocimiento del producto en que se funda la acción de anulabilidad.

Consta acreditado, asimismo, que la Sra. Ortega no informó ni explicó al Sr. Aldave que las aportaciones financieras subordinadas estuvieran representadas por anotaciones en cuenta y que no hizo ninguna actuación tendente a su efectiva anotación en el Registro Contable. A este respecto, consta probado que las aportaciones subordinadas FAGOR no figuran anotadas a nombre de los actores en el Registro Contable correspondiente tal como resulta de la respuesta de IBERCLEAR que se aporta como documento 12 de la demanda sin que por la entidad demandada se haya acreditado tal anotación.

No puede obviarse que de acuerdo con los principios de disponibilidad y facilidad probatoria, es a la parte demandada a quien incumbe acreditar la información que fuera dada a los actores antes de la contratación del producto y, como queda dicho, no consta cuál fuera la información dada ni que se facilitara, aun cuando no sea obligatoria la entrega de documentación del producto, las condiciones de la emisión o un resumen de la misma.

SEXTO: A la vista de los hechos acreditados cabe concluir que por la entidad demandada no se dio a la parte demandante la información comprensible y adecuada previa a la contratación del producto, habiéndose prestado por el cliente su consentimiento por error dado que lo contratado no se corresponde en modo alguno con lo que pretendía contratar, por lo que la demanda debe ser estimada y declararse la nulidad del contrato litigioso al haberse prestado por la parte demandante su consentimiento por error que lo invalida al recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo, no siendo imputable el mismo a los demandantes y sin que se aprecie que estos se hayan conducido con la falta de diligencia media para conocer el alcance del mismo todo

ello de acuerdo con lo previsto en los artículos 1.261, 1.265 y 1.266 del Código Civil y de acuerdo con los requisitos jurisprudencialmente exigidos para que pueda apreciarse el error invalidante.

Dada la fecha de contratación de los productos litigiosos, 12 de julio de 2006, y como se resuelve por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 8 de septiembre de 2014, no hay duda de que entonces "no regía el actual art. 79 bis LMV, que contiene la trasposición de la normativa MiFID y entró en vigor el 17 de febrero de 2008. Por lo tanto habrá de estarse a los deberes de información exigibles en la normativa aplicable, que era el RD 629/1993, de 3 de mayo.

El art. 4 RD 629/1993, de 3 de mayo, prescribe que las órdenes de los clientes sobre valores sean claras y precisas en su alcance y sentido, de forma que tanto el ordenante como el receptor conozcan con exactitud sus efectos. En nuestro caso, no se discute el contenido de la orden de compra, sino si existió algún defecto de información que viciara el consentimiento prestado por las adquirentes.

El art. 15 de este mismo reglamento regulaba la documentación que debía ser objeto de entrega, entre la que se encontraba el documento contractual y una copia de las comisiones y gastos repercutibles, así como las normas de valoración y de disposición de fondos y valores aplicables a la operación concertada.

Propiamente, es el art. 16 el que regula la información a la clientela sobre las operaciones realizadas. El apartado 1 dispone que "las entidades facilitarán a sus clientes en cada liquidación que practiquen por sus operaciones o servicios relacionados con los mercados de valores un documento en que se expresen con claridad los tipos de interés y comisiones o gastos aplicados, con indicación concreta de su concepto, base de cálculo y período de devengo, los impuestos retenidos y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar la liquidación efectuada y calcular el coste o producto neto efectivo de la operación".

Y el apartado 2, que "las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. En este sentido, dispondrán y difundirán los folletos de emisión, informarán sobre la ejecución total o parcial de órdenes, fechas de conversión, canjes, pagos de cupón y, en general, de todo aquello que pueda ser de utilidad a los clientes en función de la relación contractual establecida y del tipo de servicio prestado".

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993, regula con mayor detalle esta información a los clientes, y dispone que:

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 referer [REDACTED] cri [REDACTED] [REDACTED] de información privilegiada. A estos efectos, conservarán de forma sistematizada los estudios o análisis sobre la base de los cuales se han realizado las recomendaciones.

5. Las entidades deberán informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesario al interés del cliente. Sólo cuando por razones de rapidez ello no resulte posible, deberán proceder a tomar por sí mismas las medidas que, basadas en la prudencia, sean oportunas a los intereses d [REDACTED] [REDACTED]

[REDACTED] le, la entidad que comercializaba estos productos no estaba obligada a entregar el folleto informativo del producto financiero al cliente, como después se introdujo en el art. 79 bis con la Ley 47/2007” .

En cuanto al alcance de los deberes de información y asesoramiento que incumbe a las entidades financieras, la misma Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014, establece que “Ya tuvimos ocasión de explicar en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 (RJ 2014, 781) , que "ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto”.

Los deberes legales de información, en nuestro caso los antes expuestos del RD 629/1993 (RCL 1993, 1560) , "responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC (LEG 1889, 27) y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law - PECL- cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica " Good faith and Fair dealing " ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: " Each party

must act in accordance with good faith and fair dealing " ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran (...) los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar" (Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 (RJ 2014, 781))."

Aplicando la doctrina expuesta al supuesto que nos ocupa, cabe concluir que por la entidad demandada no se facilitó a su cliente la información comprensible y adecuada previa a la contratación del producto habida cuenta que:

1º no consta acreditado el contenido del tríptico que se le facilitara a la actora respecto de las características, condiciones y riesgos con que era ofrecido el producto,

2º no consta acreditado cuál fuera la información dada por la demandada a la actora en cuanto a la orden de valores o, cuanto menos, no consta que la información facilitada a la parte actora, como se desprende de la declaración del Sr. Aldave, fuera clara, correcta, precisa, y suficiente 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 la cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata, dado que no se ajustaba al perfil inversor del cliente al ser éste el un inversor con riesgo "moderado". A este respecto, si bien el Sr. Aldave reconoce en su interrogatorio tener conocimientos financieros en acciones y fondos de inversión en renta variable, productos con lo que sabe podía perder capital invertido, también lo es que no consta tuviera conocimiento alguno de las aportaciones subordinadas, que, de hecho, por la propia entidad demandada se le remitió al servicio de Banca Premium a fin de ofrecerle, e informarle lógicamente, otros productos de inversión, lo que pone de manifiesto que no se trata de un inversor profesional aun cuando tenga ciertos conocimientos financieros. Lo que buscaba el Sr. Aldave con la adquisición de las aportaciones litigiosas era una inversión con poco riesgo, que tuviera liquidez con posibilidad de poder recuperar el capital invertido, esto es, que no fueran perpetuas y que no implicara en modo alguno la posibilidad de pérdida de todo el capital. Y lo que reconoce se le informó se limitaba a que se trataba de una inversión segura, como un plazo fijo, cuyo único riesgo era que desapareciera FAGOR si bien al mismo tiempo se le dice que eso no va ocurrir nunca.

Debe tenerse en consideración, igualmente, que frente a lo que se mantiene por la entidad demandada, la ahora parte demandante si bien era un inversora en productos de riesgo, tales productos nada tenían que ver con el litigioso, de manera que quepa concluir que conocía perfectamente el producto aun sin habersele informado por la demandada.

SEPTIMO: Asimismo, en cuanto al error vicio del consentimiento, la Sentencia de 23 de enero de 2014 del Pleno del Tribunal Supremo establece que "Del incumplimiento de estos

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

En su apartado 57, la reseñada STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil S.L. (C-604/2011), pone de relieve que, "si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables en el [redacted] para aplicar dicha Directiva, esta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que traspone el artículo 9, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39, ni cuáles podrían ser esas consecuencias". En consecuencia, "a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones respetando [redacted] efecto [redacted] de 2012, caso Littlewoods Retail (C-591/10 (TJCE 2012, 218)), apartado 27]"...

Jurisprudencia sobre el error vicio. La regulación del error vicio del consentimiento que puede conllevar la anulación del contrato se halla contenida en el Código Civil (LEG 1889, 27) , en el art. 1266 CC, en relación con el art. 1265 y los arts. 1300 y ss. Sobre esta normativa legal, esta Sala primera del Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina jurisprudencial, de la que nos hemos hecho eco en las ocasiones anteriores en que nos hemos tenido que pronunciar sobre el error vicio en la contratación de un swap, en las Sentencias 683/2012, de 21 de noviembre (RJ 2012, 11052) , y 626/2013, de 29 de octubre (RJ 2013, 8053) : Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada ("pacta sunt servanda") imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad -autonomía de la voluntad -, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una "lex privata" (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos.

En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren

dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato-que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias pasadas, concurrentes o esperadas-y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

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

financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.

El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV (RCL 1988, 1644 ; RCL 1989, 1149 y 1781) imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes [REDACTED] información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presunciones que [REDACTED] contra [REDACTED]

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

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

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, en el presente supuesto no existe duda ninguna de que la parte demandante prestó su consentimiento viciado por error dado que su voluntad contractual se formó a partir de una creencia inexacta, la de que el producto contratado no tenía riesgo alguno pudiendo recuperar el capital invertido sin pérdida y sin sujeción a perpetuidad, de manera que la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

Tal representación equivocada de la parte demandante consta acreditado que merece calificarse de segura y no de una mera posibilidad cuando lo que se pretendía por la parte actora no era un producto de inversión sujeto a riesgo y de duración indefinida sino obtener un rendimiento a sus ahorros al tiempo que mantener dicho ahorro con la posibilidad de recuperarlo de manera íntegra y en un plazo de tiempo determinado, plazo al que estaba sujeto siempre cualquiera de sus anteriores decisiones inversoras y se adecuaba a su perfil de inversor con riesgo moderado.

Tampoco ofrece duda de que el error de la demandante al prestar su consentimiento es esencial al proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato-que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa dado que la causa principal de la celebración del contrato no es otra que la obtención de un rendimiento de sus ahorros sin más riesgo que la no percepción del interés, recayendo sobre las características, el funcionamiento y riesgos del mismo producto.

Igualmente, en el presente supuesto el error del demandante reúne el requisito de excusabilidad dado que la existencia de los deberes de información que pesan sobre la entidad financiera, siendo dicha información imprescindible para que el cliente pueda prestar válidamente su consentimiento, incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente.

En conclusión, procede declarar la nulidad del contrato de orden de valores que tenían por objeto la adquisición de aportaciones financieras subordinadas Fagor concertado con la entidad demandada en fecha de 12 de julio de 2006.

OCTAVO: Declarada la nulidad del contrato referido, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 1.303 del Código Civil en cuanto establece que “los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses”, procede condenar a la entidad demandada a restituir a la parte actora la cantidad de 14.032,92 €, cantidad que se obtiene de descontar del nominal invertido los rendimientos y gastos de custodia y administración sobre lo que no existe controversia, sin que el hecho de que dicha entidad demandada no haya percibido el capital con que se adquirieron las aportaciones subordinadas sea óbice para que proceda su restitución al ser claro que dicha cantidad es “materia del contrato”.

La indicada cantidad de 14.032,92 € devengará el interés legal desde la fecha valor en la que fueron adeudados en la cuenta de la parte actora hasta la fecha de la presente sentencia y desde la fecha de ésta el interés por mora procesal previsto en el artículo 576 de la LEC.

A su vez, y de acuerdo asimismo con lo dispuesto en el artículo 1.303 citado, la parte actora debe entregar a la entidad demandada las AFS litigiosas por ser también materia del contrato siendo patente que de no declararse dicha obligación de restitución, la parte actora obtendría un enriquecimiento injusto.

NOVENO: De conformidad con lo establecido en el artículo 394 de la LEC procede condenar en las costas a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Araiz, en nombre y representación de [REDACTED] y [REDACTED] [REDACTED] contra Caja Laboral Popular Sociedad Cooperativa de Crédito, representado por el Procurador Sr. Taberna, debo declarar y declaro la nulidad del contrato de orden de valores que tenían por objeto la adquisición de aportaciones financieras subordinadas Fagor concertado con la entidad demandada en fecha de 12 de julio de 2006 y, en consecuencia, debo condenar y condeno a la entidad demandada a restituir a la parte actora la cantidad de 14.032,92 € que devengará el interés legal desde la fecha valor en la que fueron adeudados en la cuenta de la parte actora hasta la fecha de la presente sentencia y [REDACTED] [REDACTED] s po [REDACTED] [REDACTED] artículo 576 de la LEC, debiendo la parte actora entregar a la entidad demandada las AFS litigiosas, con condena en costas a la parte demandada.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación, presentando escrito ante este Tribunal en el que deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación además de citar la resolución que recurre y los pronunciamientos que impugna.

Así por ésta mi Sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

EL MAGISTRADO-JUEZ

DEPOSITO PARA RECURRIR: Deberá acreditarse en el momento del anuncio haber consignado en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano abierta en Banco Santander 3152000004059114 la suma de 50 EUROS con apercibimiento que de no verificarlo no se admitirá a trámite el recurso pretendido; salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente de alguno de los anteriores.

DILIGENCIA.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe en Pamplona/Iruña.