



Roj: SAP M 1870/2012
Id Cendoj: 28079370102012100080
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Madrid
Sección: 10
Nº de Recurso: 707/2011
Nº de Resolución: 92/2012
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: ANGEL VICENTE ILLESCAS RUS
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 10

MADRID

SENTENCIA: 00092/2012

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE MADRID

Sección 10

1280A

C/ FERRAZ 41

Tfno.: 914933847-48-918-16 Fax: 914933916

N.I.G. 28000 1 0008744 /2011

Rollo: RECURSO DE APELACION 707 /2011

Autos: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 820 /2010

Órgano Procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 37 de MADRID

De: BANKINTER, S. A.

Procurador: MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES

Contra: Tomás , Claudia

Procurador: ICIAR DE LA PEÑA ARGACHA

SOBRE:Proceso de declaración. Procedimiento ordinario. Acción constitutiva de anulación .

Ponente : ILMO. SR. D. ÁNGEL VICENTE ILLESCAS RUS

SENTENCIA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JOSÉ MANUEL ARIAS RODRÍGUEZ

D. ÁNGEL VICENTE ILLESCAS RUS

D^a M^a ISABEL FERNÁNDEZ DEL PRADO

En MADRID, a uno de febrero de dos mil doce.

La Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos nº 820/10, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 37 de MADRID, seguidos entre partes, de una, como apelante BANKINTER S.A., representado por la Procuradora D^a. Rocío Sampere Meneses y defendido por Letrado, y de otra como apelados, D. Tomás

y D^a. Claudia , representados por la Procuradora D^a. Iciar de la Peña Argacha y defendidos por Letrado, seguidos por el trámite de juicio Ordinario.

VISTO , siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. ÁNGEL VICENTE ILLESCAS RUS.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 37 de Madrid, en fecha 3 de junio de 2011, se dictó sentencia , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: FALLO : "**Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por D. Tomás y D^a Claudia contra BANKINTER, SA:**

1º Declaro la nulidad de la orden de suscripción del denominado BONO CUPON EURO/DÓLAR 6% y del consiguiente depósito de dichos valores, suscrita entre las partes con efectos a 25-4-2008, por haberse producido un vicio en el consentimiento como consecuencia de la conducta dolosa de BANKINTER, SA.

2º Condono a BANKINTER, SA a restituir a los actores el importe del precio destinado a su adquisición, cuyo principal asciende a 2.234.000 dólares USA.

3º Tal suma devengará el interés legal desde el 25-4-2008 y el interés del art. 576 LEC desde la fecha de esta resolución.

4º Condono a BANKINTER, SA a asumir la titularidad del BONO CUPONEURO/DÓLAR 6% que se halla en la cuenta de intermediación nº NUM000 de D. Tomás y D^a. Claudia .

5º Condono a la demandada a estar y pasar por tales declaraciones.

6º Con imposición de las costas de esta instancia a BANKINTER, SA."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada. Admitido el recurso de apelación en ambos efectos, se dio traslado del mismo a la parte apelada. Elevándose los autos ante esta Sección, para resolver el recurso.

TERCERO.- Por providencia de esta Sección, de fecha 16 de diciembre de 2011, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 31 de enero de 2012.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- No se aceptan los razonamientos jurídicos de la resolución recurrida, los cuales serán reemplazados por los que se expresan a continuación.

SEGUNDO.- (1) En fecha 3 de junio de 2011 el Juzgado de Primera Instancia núm. 37 de los de Madrid dictó sentencia en los autos de proceso de declaración seguidos ante dicho órgano por los trámites del procedimiento ordinario con el núm. 0820/2010 en la que resolvió estimar la demanda interpuesta por la representación procesal de don Tomás y doña Claudia frente a la entidad mercantil «Bankinter, SA» con el siguiente tenor literal: «... 1.º Declaro la nulidad de la orden de suscripción del denominado BONO CUPON EURO/DÓLAR 6% y del consiguiente depósito de dichos valores, suscrita entre las partes con efectos a 25-4-2008, por haberse producido un vicio en el consentimiento como consecuencia de la conducta dolosa de BANKINTER, SA.

2.º Condono a BANKINTER, SA a restituir a los actores el importe del precio destinado a su adquisición, cuyo principal asciende a 2.234.000 dólares USA.

3.º Tal suma devengará el interés legal desde el 25-4-2008 y el interés del art. 576 LEC desde la fecha de esta resolución.

4.º Condono a BANKINTER, SA a asumir la titularidad del BONO CUPON EURO/DÓLAR 6% que se halla en la cuenta de intermediación nº NUM000 de D. Luis Manuel y D^a Herminia .

5.º Condono a la demandada a estar y pasar por tales declaraciones.

6.º Con imposición de las costas de esta instancia a BANKINTER, SA»

(2) Mediante escrito con entrada en el Registro General en fecha 27 de julio de 2011 la representación procesal de la entidad mercantil «Bankinter, SA» interpuso recurso de apelación frente a la resolución recaída con fundamento en los siguientes «... **MOTIVOS**

PRELIMINAR.- DE LA LITIS Y EL PROCEDIMIENTO DE INSTANCIA

Resumir el procedimiento de instancia resulta sencillo. El demandante, un banquero, experto inversor, y que ha trabajado desempeñado altos cargos en distintos bancos (incluyendo el propio Bankinter), consiguió hacer creer al Juzgado de instancia que, dolosamente, mi representada le indujo a engaño para que contratase un producto financiero supuestamente de alto riesgo emitido por Lehman Brothers y denominado Bono Cupón Euro-Dólar 6% (en adelante, el **Bono**) y que ese engaño ha conllevado la pérdida de la inversión realizada.

Básicamente, los argumentos utilizados por la demanda eran tres.

En primer lugar, que el demandante padeció un vicio en el consentimiento ya que siempre pensó que el garante del Bono era Bankinter, es decir, que su inversión estaba respaldada por mi representada.

En segundo lugar, se aducía un vicio en el consentimiento en relación a los riesgos asumidos con la compra del producto. Se esgrimía que la ficha comercial y la orden de compra del Bono (Documentos 33 y 40 de la demanda respectivamente), no hacían mención al riesgo de quiebra del emisor, y tan sólo advertían de la posibilidad de no obtener rentabilidad, pero en ningún caso de perder el capital, pues éste se encontraba 100% garantizado.

En tercer lugar, se esgrimía que Bankinter incumplió sus deberes contractuales porque no advirtió de la inminente quiebra de Lehman Brothers al actor, no informándole tampoco del valor de mercado del Bono y no avisando del supuesto incremento del riesgo emisor del producto, y ello porque según la demanda, Lehman Brothers estaba sufriendo un más que notorio deterioro que debía haber sido comunicado por Bankinter al Sr. Tomás .

Fijado así los términos litigiosos, en la contestación a la demanda se explicó, prolijamente, (i) que Bankinter no era garante de la inversión; (ii) que los conocimientos financieros y bancarios del actor hacían inviable que desconociera el riesgo de crédito inherente a toda inversión; y (iii) que la crisis de Lehman Brothers fue absolutamente imprevisible, siendo los presentes signos de deterioro de Lehman Brothers idénticos a los que estaban afectando al resto del sector financiero durante el año 2008.

Tras el acto del juicio, la Sentencia de instancia desestimó la existencia de vicio en el consentimiento derivado de la creencia de que Bankinter fuera la garante de la inversión. Sin embargo, acogió la pretensión de vicio en el consentimiento motivado por una supuesta falta de indicación en la orden de compra del riesgo de quiebra del emisor.

En concreto, la Sentencia estima que:

"Bankinter incumplió su deber de informar expresamente y con claridad de todas las circunstancias que podían poner en riesgo la inversión, tanto las relacionadas con las oscilaciones del mercado, en este caso el riesgo divisa, como las relacionadas con el emisor de los bonos que se obligaba a cumplir tales deberes contractuales, y tal omisión de su deber de informar ha de ser calificado de doloso "

** Se omitió al cliente la información de que el garante de la inversión era una sociedad privada no española, ocultándose las características de la sociedad emisora, régimen o sistema de control y medios efectivos con los que garantizar el 100% de la inversión (...) debiendo ser calificada tal ocultación como dolosa, es decir, realizada a sabiendas, pues no cabe plantearse que expertos asesores . financieros de la categoría profesional de D. Moises , D. Jose Manuel o D. Adriano , según describen ellos mismos sus cargos al deponer como testigos, pudieran olvidarse de transmitir al cliente la importancia del dato de las cualidades de quien habría de ser garante de su dinero y cumplir con la obligación de devolverlo "*

** "el banco debió asegurarse de que el cliente conocía y comprendía todas las circunstancias fácticas concurrentes y todos los riesgos, tanto los de rentabilidad como los inherentes a las condiciones del emisor y garante, pues todos ellos son parte del mercado financiero siendo artificial e impropia del derecho la distinción entre riesgos del mercado de capitales y riesgo de crédito que realiza Bankinter (...) cosa que nunca hizo Bankinter (...) limitándose su información al respecto a recoger en el Bono que el emisor del mismo era Lehman Brothers Treasury Co. BV Rating A1/A+/AA-, información ésta manifiestamente insuficiente".*

En definitiva, lo que se achaca a mi mandante es una falta de información al actor sobre el riesgo de quiebra de Lehman Brothers así como de la identidad y características del citado banco, lo que, como veremos, y dicho sea esto en términos de estricta defensa, es incompatible con la prueba practicada en el juicio.

En tales razonamientos, la Sentencia, dicho sea en respetuosos términos de defensa, incurre en varios errores, tanto jurídicos, como de valoración probatoria, habiendo ignorado, entre otras cosas, que el propio actor reconoció en el juicio que sabía lo que era el riesgo de crédito y el rating, por lo que difícilmente pudo sufrir un error en los términos acogidos por la Sentencia.

También acreditaremos cómo el rating, según la legislación actual, el Banco Central Europeo, la Comisión Europea y la Comisión Nacional del Mercado de Valores, es el instrumento a través del cual se informa a los inversores del riesgo de crédito y de la solvencia de los emisores, por lo que no es ajustado a Derecho considerar que hubo un déficit informativo y, menos aún, si tenemos en consideración la cualificación profesional del Sr. Tomás que ha sido directivo de banca durante toda su vida profesional.

PRIMERO.- ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA RESPECTO DE LOS CONOCIMIENTOS DEL ACTOR

El punto de partida de la Sentencia (página 6) hace referencia a las "cualidades del actor". En este sentido el Juzgador *a quo* estima, *"que su condición de directivo de la banca le dota de una cualificación indiscutible para conocer y comprender la trascendencia de los negocios jurídicos por él asumidos"*.

Sin embargo, incomprensiblemente, la Sentencia da un giro radical a esa tesis y considera que *"nada en autos acredita que fuera un experto en materia de inversión ni en mercados de valores, siendo notorio que son dos campos diferentes y de temáticas muy distintas, siendo el de la inversión en productos financieros y mercado de valores un campo que precisa un conocimiento de especialistas y tan diferente de la banca comercial ordinaria que hasta los propios bancos describen sus dos áreas de modo distinto, refiriéndose a la banca comercial y la "banca privada" para la específica de inversión. financiera como si de dos áreas bancarias completamente distintas se tratara"* concluyendo la Sentencia que *"no consta que tuviera ningún conocimiento técnico en materia de inversión, ni de mercados financieros, siendo toda su experiencia profesional como responsable de la banca ordinaria o banca comercial"*.

Veamos como la realidad de los hechos probados difiere de manera patente con las consideraciones de la Sentencia.

1. BANCA PRIVADA, BANCA COMERCIAL Y BANCA DE INVERSIÓN

Las consideraciones de la Sentencia sobre la experiencia bancaria del actor no se ajustan a la prueba practicada y carecen de fundamento alguno.

La Sentencia colige que, dado que el actor no había desarrollado su actividad profesional es el seno de la banca de inversión (que equipara a la banca privada), no tenía capacidad o conocimientos suficientes para entender el Bono. En definitiva, la juzgadora "a quo" entiende que la banca de inversión, es la banca dedicada a comercializar productos de inversión (acciones, bonos, fondos, etc.) a los clientes y que banca de inversión es lo mismo que banca privada. Esto supone un error importante, ya que la banca de inversión tiene casi exclusivamente como clientes a las grandes empresas, y su finalidad es facilitar la financiación de esas grandes empresas. Es decir, nada tiene que ver la banca privada con la llamada banca de inversión, y cuya definición es la siguiente: *" La banca de inversión o banca de negocios es aquella especializada en obtener, para las empresas privadas y los gobiernos, el dinero o los instrumentos financieros necesarios para realizar determinada inversión, mediante la emisión y venta de valores en los mercados de capitales"*.

Por el contrario, la banca privada no es sino una segmentación de la banca comercial. La banca comercial constituye lo que comúnmente se entiende por el negocio bancario tradicional, esto es, intermediar entre los particulares que demandan dinero y los que pueden ahorrar, y en el ámbito de esa intermediación, ofrecer a los particulares productos en los que invertir dinero, como por ejemplo, el Bono.

Por ello, la conclusión a la que llega la Sentencia, que consiste en pensar que un responsable de banca comercial no sabe nada de banca privada, carece de todo sustento lógico.

Decimos que la banca privada es un segmento de la banca comercial porque la misma está dirigida a aquellos individuos que por disponer de un elevado patrimonio, demandan una atención diferente o pueden estar interesados en realizar inversiones que no sean interesantes para un cliente comercial normal.

En definitiva, la banca privada no es sino la parte de la banca comercial enfocada a aquellos individuos con más patrimonio, pero no deja de ser una parte de la banca comercial, como puede serlo el segmento de tarjetas de crédito, o el crédito consumo.

Esto se puede comprobar fácilmente si realizamos una búsqueda en páginas webs especializadas en *elmercadofinanciero*. (http://www.invertirenbolsa.info/articulo_banca_comercial_vs_banca_inversion.htm)

Así, podremos comprobar cómo nada tiene que ver banca de inversión con banca comercial y como la banca privada es parte integrante de la banca comercial, dirigida a clientes de elevado patrimonio. En concreto, el artículo del vínculo indicado en el párrafo anterior afirma lo siguiente:

*La banca comercial es la más conocida por el gran público, la que se realiza a través de las típicas sucursales bancarias. Su negocio principal consiste en pagar por el dinero que depositan sus clientes y cobrar por los créditos que concede. La diferencia entre lo que cobra y lo que paga debe ser positiva, ya que ahí reside su beneficio más básico. A esto se le añaden normalmente otro tipo de operaciones cotizo las tarjetas de crédito, transferencias, avales, **comisiones por fondos de inversión y planes de pensiones, intermediación bursátil, etc.***

La banca de inversión se dedica a sacar empresas a Bolsa, diseñar y ejecutar OPA's, fusiones, ventas de divisiones enteras entre empresas, emisiones de bonos, operaciones de trading de gran volumen en los mercados financieros, etc. No tiene una gran red de sucursales, sino unas pocas oficinas de gran tamaño.

Por el contrario, si en fuentes accesibles al público buscamos el significado de "banca privada", veremos que se trata, como ya hemos explicado, de aquella parte de la banca comercial que se dirige a clientes con elevada munificencia y por tanto, alta capacidad de inversión. [...]

Como puede apreciarse, Bankinter es un banco comercial y, dentro de la banca comercial, ofrece el de ser intermediario financiero en la compra de productos de inversión tanto a sus clientes de banca privada (aquellos con un gran patrimonio), como a los clientes que no pertenecen a ese segmento, no existiendo duda alguna que la banca privada está subsumida en el concepto de banca comercial, no siendo acertada la consideración del Juzgador respecto de que banca comercial y banca privada son conceptos enfrentados.

2. EL SR. Tomás ERA DIRECTIVO DE BANKINTER EN LA RAMA BANCA COMERCIAL (INCLUYENDO LA PARTE DE BANCA PRIVADA Y CONOCÍA LOS PRODUCTOS DE INVERSIÓN Y SUS RIESGOS

Como hemos explicado, la banca privada se enmarca dentro del concepto de banca comercial y no de banca de inversión. En este sentido, cada oficina de Bankinter suele tener un segmento de banca privada, de modo que ***el director de la oficina, o el director de la región es también el jefe dedicha área de banca privada.*** De este modo, el Sr. Tomás tanto en su posición de director de oficina como director de organización o de director de red comercial, era responsable del área de Banca Privada y, también, de supervisar todos los productos que se comercializaban por Bankinter.

Específicamente, de los puestos ocupados en Bankinter (Documento número 2 de la contestación) se deduce que el Sr. Tomás (i) conocía los productos comercializados por Bankinter; y (ü) sabía lo que era el riesgo de crédito. A continuación recogemos algunas de las funciones de los cargos ejercidos en Bankinter y que constan en el citado Documento número 2 de la contestación.

Cargo ocupado en Bankinter Funciones desempeñadas (Doc 2 contestación)

Director de Oficina Asesoramiento a clientes sobre productos, buscando soluciones y alternativas según el perfil del cliente y sus necesidades.

Aprobar la sanción de las operaciones de riesgo. Exigir el cumplimiento de las normas internas implementadas en Riesgos operativos, Crediticios (...).

Director de Organización Orientar, impulsar y coordinar las acciones encaminadas a la comercialización de los productos y servicios financieros del Banco en las o oficinas y centros de su Organización.

Efectuar acciones comerciales singulares junto con los jefes de zona

Coordinar y supervisar las actividades de estudio y valoración de las operaciones de riesgo

Director Comercial Red Dirigir toda la actividad comercial de los centros y de las personas bajo su

de Oficinas *responsabilidad*

Velar por la calidad del riesgo crediticio de los centros bajo su dependencia

De lo anterior se deducen dos hechos que desvirtúan la tesis de la Sentencia.

El primero es que el Sr. Tomás , forzosamente, conoce los diversos productos de inversión que comercializa Bankinter (entre ellos los bonos) pues entre sus funciones estuvo la de ofrecer a los clientes información sobre productos, y la comercialización de productos.

El segundo hecho tiene más importancia en relación con el conocimiento del Sr. Tomás del concepto de riesgo de crédito pues de lo expuesto se desprende que una de las labores del actor era velar por la calidad del riesgo crediticio de los centros bajo su dependencia y la valoración de las operaciones de riesgo. Es decir, el Sr. Tomás debía evaluar cuál era el riesgo de impago de los clientes con los que contrataba, o lo que es lo mismo, cuál era el riesgo de crédito.

En resumen, el actor no era un administrativo sin conocimientos sobre los productos que Bankinter comercializaba, sino que era directivo de la entidad, que ha ocupado distintos puestos de muy elevada responsabilidad en entidades financieras y sin que exista duda alguna sobre su conocimiento del funcionamiento de las inversiones que Bankinter comercializaba.

Esta conclusión se deduce no sólo del Documento número 2 mencionado, sino también del interrogatorio del actor, en el que reconoce que era el encargado de la comercialización de todo tipo de productos en Bankinter. Extractamos la parte del interrogatorio relevante a estos efectos:

* Pregunta abogado BK: *Bien, usted en concreto desempeñó el cargo de director de organización en Bankinter, ¿verdad?*

* Respuesta Sr. Tomás : *Sí.*

* Pregunta abogado BK *Usted, dentro de esas funciones, ¿tenía por ejemplo la de impulsar las acciones encaminadas a la comercialización de productos y servicios financieros?*

* Respuesta Sr. Tomás : *Sí tenía, para aclararlo, sí tenía establecidas las funciones de que la red de oficinas y la red comercial de las oficinas, es decir, tanto los directores, así como los comerciales o la fuerza de ventas de las oficinas en mayor grado o menor grado en función de la importancia de la oficina. Es decir, podían tener [signos] comerciales y otras no tenían ninguna por ser una sucursal de barrio y demás. Es decir, yo sí debía impulsar que toda esa fuerza de ventas vendiera y comercializar productos tanto de pasivos como de activos, captara recursos y diera créditos.*

* Pregunta abogado BK: *O sea que usted era, podríamos decir, el máximo responsable comercial de esa zona.*

* Respuesta Sr. Tomás : *Sí bueno, era el máximo responsable comercial, operativo. Era el hombre del banco en esa zona. Es decir, en mis funciones, no únicamente cabía la responsabilidad comercial, era la responsabilidad de negocio en su integridad. Era también el responsable de los recursos humanos. (punto 9:18:04 - 9:19:40 de la grabación)*

Es más, el Sr. Tomás , durante el interrogatorio, admite que es conocedor de los productos que comercializaba Bankinter al afirmar lo siguiente:

"hace años en Bankinter, en cesiones de derechos de crédito, comercializábamos cesiones de derechos de crédito con opción de recompra. Es decir, Bankinter comercializaba a través de su red comercial trocitos, derechos de una operación de crédito en la cual él era prestamista y el prestatario fuere quien_ fuere, y hacía una cesión temporal de esos derechos de créditos a un cliente, pero Bankinter se comprometía a la recompra de esos derechos de crédito. "(punto 9:43:34 - 9:44:19 de la grabación)

Ésta declaración evidencia no sólo que el Sr. Tomás estaba al frente de la red comercial dedicada a la comercialización de productos de inversión, sino que además, conocía perfectamente la forma en la que funcionaban productos de inversión de tipo sofisticado, como eran las cesiones de crédito, que se comercializaban a principios de los años 90 por las importantes ventajas fiscales que ofrecían.

Asimismo, es reseñable también que de la prueba practicada se deduce que el Sr. Tomás tenía conocimientos profundos sobre el mercado de valores pues a preguntas de este letrado en relación con las cuentas anuales del Banco del Caribe firmadas por el Sr. Tomás éste realizó la siguiente consideración:

"El mercado de valores venezolano es muy corto, muy pequeño y muy estrecho y lo que aquí se recogen son los títulos valores fundamentalmente y las cantidades más importantes que se ven, cientos de miles de millones en bolívares, obedecían a deuda pública venezolana. Es decir, lamentablemente, en Venezuela, los mercados, digamos, son muy pequeños comparados obviamente... Son proporcionales al PIB del país. "(punto 9:22:56 - 9:23:39 de la grabación)

Como puede apreciarse, el actor conocía, perfectamente, el funcionamiento de los mercados de valores, utilizando terminología técnica al describirlo, tal y como el adjetivo "estrecho" que referido al mercado de valores significa poca liquidez por falta de contrapartida vendedora o compradora.

Por otra parte, esta pregunta se hizo porque en las cuentas del Banco del Caribe firmadas por el Señor Tomás en su condición de presidente ejecutivo, constaban partidas como las de provisiones por inversiones, que están vinculadas al riesgo de pérdida de una inversión como consecuencia del riesgo de crédito.

En definitiva, no puede prosperar la tesis de la Sentencia relativa a que el Sr. Tomás no tenía conocimientos referidos a los productos de inversión o el mercado de valores pues ello sería contrario a lo dispuesto en el artículo 316 de la LECiv que dispone que *"en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales sí en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial"*.

3. EL SR. Tomás ECONOMISTA Y DIRECTIVO DE OTRAS ENTIDADES FINANCIERAS DE RELEVANCIA

A la hora de valorar la existencia de un vicio en el consentimiento la Sentencia ignora que el Sr. Tomás es Licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales por la Universidad de Deusto, así como sus múltiples cargos directivos en bancos nacionales y extranjeros. Tal y como consta en la página de internet del Banco del Caribe y que extractamos en la página 7 de nuestra contestación, la experiencia del Sr. Tomás en banca es abrumadora:

Tomás .

Licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales 1Universidad (le Deusto). Vicepresidente Territorial de Bankinter. España, Vicepresidente Ejecutivo (le Negocios de Banco Guipuzcoano. España, Vicepresidente Ejecutivo de Banca Corporativa del Banco Santander. España y Director Ejecutivo del Banco (le Venezuela.

En relación con su experiencia, el Sr. Tomás , a preguntas del letrado que suscribe, explicó su trayectoria profesional indicando las entidades en las que había prestado servicios:

Banco del Noroeste del grupo Rumasa, 1975 - año 1983, si no me equivoco. Caja de Ahorros Municipal de San Sebastián, año 1983-1986, director de oficina en ambos casos. Bankinter, 1986, director de oficina. De 1987 a 1992, director de organización de Guipúzcoa. Periodo de 3 meses en Bankinter, en el año 93 como responsable comercial de Guipúzcoa y de Vizcaya. Anteriormente la organización era únicamente Guipúzcoa, por 3 meses. 1993-1996 director de la división de Banca de Empresas en Banco Guipuzcoano. 1997-1998 completo, director ejecutivo de Banco de Venezuela o Grupo Santander en Venezuela. Enero 1999 - abril 1999 director de Banca Corporativa Banco Santander, norte de España, Bilbao. Creo que es 1 de mayo del 99 a 31 de marzo de 2004, presidente ejecutivo de Banco del Caribe en Venezuela y mi relación laboral termina precisamente el 31 de marzo de 2004 en Banco del Caribe. Continué por 3 años más como consejero miembro de la Junta Directiva de Banco del Caribe. "(punto 9:15:21 - 9:18:03 de la grabación)

Entendemos que la Sentencia debió dar especial relevancia a la experiencia del Sr. Tomás , pues no olvidemos que el fallo condenatorio se basa en un vicio en el consentimiento que básicamente tiene su fundamento en que el Sr. Tomás no fue informado del más elemental de los riesgos de toda inversión: el riesgo de que el emisor del producto quiebre (riesgo, como veremos, inherente a toda inversión).

Es obvio que, por su experiencia financiera y su formación académica, el Sr. Tomás debía conocer dicho riesgo y así lo acreditaremos más adelante, limitándonos ahora a señalar que hubo un manifiesto error en la valoración de la prueba, pues un profesional del mundo bancario no puede aducir que desconocía que la inversión no estaba sometida al riesgo de quiebra del emisor.

De hecho, según analizaremos, la realidad es que el Sr. Tomás reconoció en el interrogatorio saber lo que era el riesgo de crédito, pues admitió conocer el significado del rating así como que el emisor era Lehman Brothers, si bien lo que esgrimió fue estar en la creencia de que Bankinter era la garante de la operación, una creencia que la Sentencia estimó infundada al subrayar que:

"en ninguna de las cláusulas contractuales analizadas en la presente causa, ni tampoco en la oferta del producto financiero de 14-4-2008 se recoge nada parecido a una manifestación de voluntad expresa por la que Bankinter garantice el capital para el caso de insolvencia del emisor del producto. En ninguno de los documentos de orden de compra ni en la previa ficha explicativa analizados se dice, ni directa ni tácitamente, que Bankinter garantice la inversión ni la operación (...) máximo cuando el actor es un profesional de la banca y conoce sobradamente la legislación básica sobre la contratación bancaria y la asunción de obligaciones o no por parte del banco".

SEGUNDO.- ERROR RESPECTO A LA NATURALEZA Y RIESGOS DEL BONO LITIGIOSO: GRAVE CONTRADICCIÓN DE LA SENTENCIA

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Considera la Sentencia de instancia que:

"De haber conocido D. Tomás que el emisor y garante era Lehman Brothers Holdings Treasury Co. B V no hubiera contratado se infiere de las características extremadamente conservadoras de sus otras inversiones antes analizadas, destinadas en un 95% a renta fija y letras del tesoro, máxime tratándose ahora de la inversión en bloque de casi la mitad de sus ahorros en efectivo y sin diversificar la inversión y con ello el riesgo, a cambio de una rentabilidad de simplemente en el mejor de los casos el 6% anual, y especialmente atendidas las circunstancias personales del contratante (art. 1.282 del CC actos coetáneos) que eran el diagnóstico y tratamiento de una enfermedad muy penosa y con un importante índice de mortalidad, que automáticamente impulsa al ahorro y salvaguardia de la capacidad económica de uno, tanto para lo que fuere preciso en el tratamiento de la enfermedad como para preservar la seguridad de los seres queridos ".

El párrafo extractado es manifiestamente contrario a la prueba practicada, pericial, documental y testifical, siendo además manifiestamente contradictorio con el apartado de la Sentencia dedicado a resolver sobre el supuesto error del demandante consistente en que era Bankinter quien garantizaba la inversión en el Bono.

Nos explicamos.

En el párrafo extractado, la Sentencia aduce que si el actor hubiera sabido que Lehman Brothers era la entidad emisora del Bono no hubiera contratado su compra ya que el actor era un inversor conservador, según se desprende de sus otras inversiones. Lo que olvida la Juzgadora a quo es que (i) el Sr. Tomás , tanto en la demanda, como en el interrogatorio de parte reconoció saber que la emisora del producto era Lehman Brothers, y manifestó en reiteradas ocasiones que su único error consistió en pensar que el garante del Bono era Bankinter; (ü) la propia Sentencia considera que es ilógico pensar que Bankinter era la garante; (iii) el producto litigioso era un producto de renta fija y bajo riesgo apto para inversores conservadores y (iv) el Sr. Tomás había invertido en numerosos productos de riesgo con anterioridad.

Es decir, no tiene sentido alguno que la Sentencia considere que era ilógico que el Sr. Tomás pensara que Bankinter era garante de la operación para, posteriormente, concluir que si el Sr. Tomás hubiera sabido que Lehman Brothers era la emisora del Bono, el Sr. Tomás se hubiera abstenido de comprarlo.

Para evidenciar la contradicción y falta de fundamento de esa parte de la Sentencia a continuación analizaremos cómo en el procedimiento de instancia quedó evidenciado (i) que el Sr. Tomás sabía que Lehman Brothers era la entidad emisora del producto; y (ü) que el producto era de renta fija y bajo riesgo.

2. CONOCIMIENTO DEL SR. Tomás DE QUE EL BONO ESTABA EMITIDO POR LEHMAN BROTHERS

Son múltiples las razones que nos llevan a concluir que el actor era consciente de que adquiría un producto emitido por Lehman Brothers.

En primer lugar, los Documentos 33 y 40 de la demanda (ficha comercial y orden de compra) establecen que el emisor es Lehman Brothers, indicando su rating crediticio, así como que el cliente "*manifiesta su deseo de comprar a través de Bankinter, S.A. (Bankinter o el Banco) según indicado posteriormente, el Bono Cupón Euro Dólar 6% (el Producto) emitido por Lehman Brothers Treasury Co. BV" (Documento número 40 de la demanda)*".

Es decir, una simple lectura de ambos documentos evidencia que el Sr. Tomás era consciente de que el Bono estaba emitido por Lehman Brothers, por lo que no es de recibo que la Sentencia aduzca que de haber sabido el Sr. Tomás que el Bono estaba emitido por dicha entidad no lo habría adquirido.

Por otro lado, en el interrogatorio de parte el Sr. Tomás , al explicar cuál era su supuesto entendimiento del funcionamiento del Bono, afirmó:

"Que independientemente, de que el emisor fuera Lehman Brothers Treasury, que la última garantía de este bono era 100% de Bankinter. Eso es lo que yo entendí en todo momento. "(punto 9:39:27 9:39.44 de la grabación)

Es decir, el Sr. Tomás ni en su demanda ni en su declaración aduce haber padecido un error sobre la identidad del emisor del producto, lo único que esgrime es que siempre pensó que Bankinter, en caso de quiebra de Lehman Brothers, respondería del resultado de su inversión pues era el garante del Bono.

Por tanto, si la Sentencia estima que no tiene lógica alguna el planteamiento del Sr. Tomás de creer asumir que Bankinter era la garante del Bono, y si de la prueba se desprende que el Sr. Tomás sabía que el emisor era Lehman Brothers, no cabe más que concluir que el razonamiento de la Sentencia de instancia es erróneo.

3. EL BONO ERA UN PRODUCTO DE RENTA FIJA Y BAJO RIESGO

El Hecho Segundo de la contestación a la demanda (páginas 14 a 21) relata de manera profusa las razones por las que el Bono era un producto de renta fija y bajo riesgo.

Que se trata de un producto de renta fija es un hecho incontrovertido. El perito de la actora (Dictamen aportado como Documento número 18 de la demanda) reconoce en la página 12 de su informe que **"el ahorro en renta fija se concreta habitualmente en letras, bonos y obligaciones del Tesoro, bonos de entidades financieras, bonos corporativos no financieros, bonos hipotecarios(...)"**.

Según la Guía de la Renta Fija publicada por la CNMV (Ver Documento número 12 de la contestación a la demanda):

"los activos de renta fija se corresponden con un amplio conjunto de valores negociables que emiten las empresas y las instituciones públicas, y que representan préstamos que éstas entidades reciben de los inversores. Así pues, la renta fija no confiere derechos políticos a su tenedor, sino sólo derechos económicos, entre los que cabe destacar el derecho a percibir los intereses pactados y a la devolución de la totalidad o parte del capital invertido en una fecha dada, dependiendo de si es renta fija simple o no. Un inversor en renta fija se convierte en acreedor de la sociedad emisora, mientras que el accionista es un socio propietario de una parte del capital social".

Como puede apreciarse, el propio concepto de renta fija entraña la posibilidad de que a vencimiento se devuelva tan solo *"parte del capital invertido"* es decir, se tengan pérdidas.

En lo que atañe a que el Bono tenga su rentabilidad asociada al comportamiento bursátil de acciones, la citada Guía establece que:

"Aunque tradicionalmente en la renta fija los intereses del préstamo estaban establecidos de forma exacta desde el momento de la emisión hasta su vencimiento, actualmente existen otras posibilidades más sofisticadas. Frecuentemente los intereses son variables estando referenciados a determinados indicadores, generalmente tipos de interés (Euribor, etc.), índices bursátiles, o incluso a la evolución de una determinada acción, índice, etc., teniendo a veces otras características especiales". (énfasis añadido)

No hay duda pues de que el Bono, emitido por una entidad financiera, y cuyos intereses dependía de la evolución del tipo de cambio euro-dólar, entra de lleno en la categoría de renta fija.

Por tanto, ningún sentido tiene que la Sentencia aduzca que el Sr. Tomás no habría invertido en este producto por cuanto que el 95% de sus anteriores inversiones estaban invertidas en renta fija.

En lo que respecta al riesgo del Bono, en el Hecho Segundo de la contestación se explicaba, de forma clara, cómo el producto, al tener el capital garantizado, era un Bono de bajo riesgo pues, pasara lo que pasara con el tipo de cambio euro-dólar, el emisor siempre está obligado a devolver el 100% del capital.

Cuando se habla de activos financieros seguros o de riesgo bajo, se hace referencia a inversiones en las que el capital invertido está protegido por el emisor y que este es robusto y solvente. Así, no es posible que, sobre la base de apoyatura contractual alguna, en el momento de devolución de la inversión (el vencimiento del Bono), el emisor no reintegre al inversor, al menos, el nominal del Bono. A su vez, dentro de los productos que protegen el capital, los hay de un perfil de riesgo bajo (siempre habrá una rentabilidad mínima pero la rentabilidad máxima es escasa) o de riesgo alto (puede no haber rentabilidad pero ésta puede llegar a ser considerable).

En consecuencia, el término "capital protegido o garantizado" supone la obligación contractual del emisor y, en su caso, del garante, de devolver el nominal de la inversión al contratante del producto, sin que los deudores puedan ampararse en una subida o bajada de los mercados a los que estuviera referenciado el producto, o de sus activos subyacentes (en este caso la cotización euro-dólar), para no hacer frente a dicha obligación.

Por otro lado, existen productos financieros de alto riesgo en los que es posible perder todo o parte del capital invertido si el subyacente se comporta de forma contraria a lo esperado por el inversor. A cambio del riesgo asumido, la potencial rentabilidad es mucho mayor (Ver Documento número 8 de la contestación a la demanda consistente en ficha comercial de un producto de alto riesgo).

Lo relevante a estos efectos es que en los Bonos con capital garantizado, ocurra lo que ocurra con el subyacente, el emisor siempre está obligado a devolver el 100% del capital invertido y, si éste quiebra, el inversor tiene un derecho de crédito por el 100% de lo invertido, pero, en ningún caso, se produce pérdida de capital. Al contrario ocurre en los bonos sin capital protegido cuando el subyacente se comporta de forma negativa para los intereses del inversor, puesto que entonces, el inversor no sólo no obtiene rentabilidades, sino que pierde parte del capital.

Por ello, el Bono litigioso era de bajo riesgo al tener el capital garantizado, y así lo estima la Jurisprudencia citada en la página 21 de la contestación a la demanda (Sentencia 5/2010 del JPI 11 de Valencia; Sentencia 29/2010 del JPI número 18 de Málaga, confirmada por la Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga 386/2011 de 11 de julio .

4. CONCLUSIÓN

Las consideraciones de la Sentencia en las que se afirma que el Sr. Tomás no hubiera adquirido el Bono de haber sabido que Lehman era la emisora y garante de su inversión carecen de fundamento y son contradictorias.

Como bien apunta la Sentencia de 5 de Julio de 2011 de la Sección 13 de esta Ilma. Audiencia Provincial, en un caso idéntico al que nos ocupa (mismo Bono litigioso, misma documentación contractual y misma parte demandada), *"si se quiere decir que Dña (...) nunca hubiese contratado los bonos si no existiese un fiador de su confianza que asegurase, al menos, la recuperación del capital invertido, también puede decirse que, en el momento del encargo de compra la solvencia conocida de Lehman Brothers Treasury Co. BV le bastaba"* añadiendo dicha resolución que *"si la garantía de Bankinter era determinante de la aceptación por la actora del producto, lógico hubiese sido (mínima diligencia en persona de su formación y que conocía los entresijos de las negociaciones entre empresas) que hubiese preguntado a su asesora en Bankinter si esa garantía, tan imprescindible para ella, existía"*.

De este modo, en el caso citado, idéntico, y decimos idéntico por cuanto que era el mismo bono, la misma documentación y el contratante era también un licenciado en económicas (aunque sin la experiencia bancaria del Sr. Tomás), la Audiencia Provincial de Madrid concluye que no pudo existir error en la figura del garante y que la solvencia conocida de Lehman Brothers bastó al inversor para adquirir el producto.

Pues bien, en el caso que nos ocupa nos encontramos con que la Sentencia de instancia, a pesar de estimar que no cabía pensar que Bankinter era el garante, y concluye, entendemos que sin lógica, que el Sr. Tomás no hubiera adquirido el producto de haber sabido que Lehman Brothers era el emisor y que otra empresa de su grupo era la garante del Bono, conclusión que por todo lo expuesto ha de reputarse no ajustada a Derecho, siendo ilustrativas las siguientes sentencias que valoraban el supuesto error padecido por clientes que pensaban que la entidad comercializadora era la emisora o garante de la inversión:

* Sentencia de 13 de julio de 2010 del Juzgado número 10 de las Palmas de Gran Canaria Procedimiento Ordinario 1556/09 :

"Si el error del demandante radicaba en su convencimiento de que el emisor era una entidad solvente (riesgo emisor), este error no existió, porque Lehman Brothers era una entidad solvente cuando contrató y su quiebra posterior era imprevisible (o tan previsible en ese momento como la de cualquier otro banco, o el propio demandado). " (énfasis añadido)

" Concluimos que **no existe error en la persona del emisor del Bono, que era una entidad solvente en el momento de contratación, aunque luego quebrara como consecuencia de una imprevisible crisis financiera mundial de grandes proporciones, que afectó de una manera u otra, a todas las entidades bancarias.** (énfasis añadido)

* Juzgado de Primera Instancia número 1 de Burgos. Sentencia 175/20 10. Autos 208/10:

"que no existe base probatoria para considerar que la actora haya celebrado el contrato en la creencia errónea que "Bankinter" era quien emitía los bonos o en su caso quien los garantizaba, y que por el contrario puede considerarse acreditado que el actor conocía o debía conocer que los bonos fueron emitidos v garantizados por entidades del grupo "LehmanBrothers ", pues tal información relativa a la entidad emisora y garante de los bonos aparece consignada de forma clara v precisa tanto en la orden de compraventa de los bonos que firmó el administrador como en el folleto comercial que se le entregó. (énfasis añadido)

* Juzgado de Primera Instancia número 11 de Barcelona. Autos 84/2010:

"Alegar que no sabían cuál era la entidad emisora no es sostenible. Si existió tal error, era plenamente vencible y es que como señala la S, Del T.S. de 18 de febrero de 2004 el error padecido en la formación del contrato además de esencial ha de ser excusable, requisito que se deduce de los principios de autorresponsabilidad y de buena fe (...) si efectivamente los actores no supieron quién emitía los bonos también es verdad que tuvieron esa información a su disposición y podían haber accedido a ella fácilmente." (énfasis añadido)

* Juzgado de Primera Instancia número 11 de Valladolid (Sentencia 54/2011) de 8 de marzo de 2011 :

"la demandante instala el alegato del error padecido en que desconocía que el producto no fuese de Bankinter (cuyo membrete fi cura en el documento firmado), que dio la orden de compra sin haber tenido a su presencia el documento, y cuando firmó éste lo hizo apresuradamente y sin poder leer con detenimiento sus detalles. Circunstancias parecidas a estas fueron invocadas en los pleitos que resuelven las mentadas sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia que resuelven acertadamente que no pueden servir de descargo a los efectos de la nulidad pretendida la manifestación que en el acto del juicio efectuó en el sentido de haber firmado los documentos sin leer, pues en todo caso le era exigible esa mínima diligencia (...) de la lectura del documento nº 1, donde, sin excesiva dificultad, puede verse, entre otros muchos datos, que el emisor es Lehman Brothers Treasury Co BV y su garante Lehman Brothers Holding Inc. " (énfasis añadido)

* Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 19a) Sentencia núm. 84/2010 de 2 marzo (JUR 2010\178056

El razonamiento de la actora se basa en que la demandada ha incurrido en negligencia al no informarle en noviembre del 2006 que el producto financiero que adquiriría había sido emitido por LEHMAN BROTHERS, porque de haberlo sabido no hubiera invertido en dicho producto y hubiera evitado la pérdida de la inversión como consecuencia de la quiebra de dicha entidad. Lo cierto y verdad es que la entidad demandada recibió (folios 253 y 254) una orden de compra de los actores en los que se identifica el producto financiero en correspondencia con los documentos obrantes a los folios 323 y s.s., donde también se identifica claramente que el emisor del producto es LEHMAN BROTHERS. Alegar que no sabían cuál era la entidad emisora no es sostenible. Si existió tal error, era plenamente vencible (énfasis añadido).

* Juzgado de primera instancia numero 6 de Valladolid en su Sentencia 34/2011 de 7 de marzo

no es creíble la existencia de un error en el demandante sobre el objeto que adquirió ni sobre sus condiciones esenciales, ni sobre la condición de los intervinientes, porque en los documentos analizados se expresaba con toda claridad que el emisor del bono era LEHMAN BROTHERS TREASURY Co BL; (...) Y esta claro también que BANKINTER intervenía como mero intermediario o comercializador, pues no en vano en la orden de compra se indica expresamente que el cliente compra el bono "a través de Bankinter", no "a Bankinter" (énfasis añadido)

La Sentencia, por otra parte, no explica por qué entiende que de haber sabido el Sr. Tomás que el emisor era Lehman Brothers no habría adquirido el Bono.

Lehman Brothers era un banco de mayor solvencia que la propia Bankinter, ya que poseía mayor rating. Cuando el Sr. Tomás mantenía cuentas corrientes en Bankinter por importe de 2.231.512,66 \$ EEUU y 2.716.516,64# (Documentos 29 y 31 de la demanda), estaba asumiendo más riesgo de crédito con una sola persona (Bankinter) que con la compra del Bono emitido por Lehman Brothers. Por otra parte, tanto antes como después de que se le detectara la enfermedad que la sentencia toma en cuenta para valorar las apetencias de inversión del Sr. Tomás, el actor se mostró proclive a concentrar sus riesgos en un solo producto, esto es, a asumir el riesgo de crédito frente a una sola persona. Y así,

i) Asumió un riesgo de crédito por valor de 4.171.178,15 euros frente a Banif en Imposiciones a Plazo Fijo (IPFs) y cuentas corrientes, el 20 de noviembre de 2007 (Documento 15 de la demanda), y mantuvo esos mismos niveles de riesgo frente a Banif hasta abril de 2008, a que transfirió sus fondos a Bankinter.

ii) Asumió un riesgo de crédito de 4.127.973,10 euros frente a Bankinter, a través de cuentas corrientes denominadas en euros y a dólares (Documentos 29 y 31 de la demanda).

Es más, puede decirse que con la compra del Bono Cupón Euro, Dólar el Sr. Tomás diversificó su riesgo de crédito, puesto que en vez de tenerlo todo concentrado en Bankinter, lo dividió entre Bankinter y Lehman Brothers .

TERCERO.- ERROR EN LA APRECIACIÓN DE VICIO EN EL CONSENTIMIENTO POR FALTA DE INFORMACIÓN SOBRE LOS RIESGOS DEL PRODUCTO

De los dos vicios en el consentimiento alegados por la demanda (creencia de que el garante era Bankinter y desconocimiento de que su inversión presentaba riesgo de crédito) la Sentencia acoge, exclusivamente, el segundo de ellos, y lo hace en virtud de las siguientes consideraciones:

"el banco debió asegurarse de que el cliente conocía y comprendía todas las circunstancias fácticas concurrentes y todos los riesgos, tanto los de rentabilidad como los inherentes a las condiciones del emisor y garante, pues todos ellos son parte del mercado financiero siendo artificial e impropia del derecho la distinción entre riesgos del mercado de capitales y riesgo de crédito que realiza Bankinter (...) cosa que nunca hizo Bankinter (...) limitándose su información al respecto a recoger en el Bono que el emisor del mismo era Lehman Brothers Treasury Co. BV Rating A1/A+/AA-, información ésta manifiestamente insuficiente".

Lo que se achaca a mi representada es que no informó al Sr. Tomás del riesgo de crédito de la inversión, es decir, del riesgo de que si Lehman Brothers quebraba la inversión del actor podía verse afectada.

Esta conclusión es, con todos los respetos, contraria a Derecho por motivos que se desarrollarán a continuación:

(1) El Riesgo de Crédito es inherente a toda inversión y, por tanto, no necesita siquiera ser indicado de forma expresa.

(2) La consignación del rating del emisor es el mecanismo que la CNMV, la legislación y la jurisprudencia consideran como suficiente y adecuado para que el inversor pueda valorar el riesgo de crédito.

(3) El Sr. Tomás , por su formación, y por haberlo así reconocido durante su interrogatorio, era perfecto conocedor de los conceptos de riesgo de crédito y rating, y por tanto, el error padecido sería en todo caso inexcusable.

1. EL RIESGO DE CRÉDITO ES INHERENTE A TODA INVERSIÓN

El riesgo de crédito o riesgo de contraparte es un riesgo inherente, no ya al mercado de capitales o a las inversiones, sino a toda relación jurídica que implique una prestación diferida. **Como su propio origen semántico indica, el riesgo de crédito es el riesgo del acreedor; la posición de quien espera de un deudor la realización de una prestación lleva indisoluble y consustancialmente aparejado el riesgo de que ese deudor no cumpla.** Y el riesgo de crédito no es más que eso, la posibilidad de frustración de las expectativas de cobro del acreedor.

Tal concepto, en los mercados de capitales hace referencia a la posible pérdida que asume el inversor como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales que incumben a los sujetos con los que se relaciona. Así, el riesgo de crédito supone la posibilidad de pérdida del titular del Bono de la inversión o de la rentabilidad acordada por la existencia de un procedimiento concursal, o por otras circunstancias tales como la intervención bancaria, etc.

El riesgo de crédito es inherente a toda inversión, puesto que la entrega de capitales a terceros siempre tiene el riesgo de que el tercero obligado a su devolución no pueda, aunque quiera, cumplir con los compromisos adquiridos..No podemos perder de vista que el Sr. Tomás adquirió el Bono de Lehman Brothers a través de Bankinter, por lo que la relación principal, la de inversión, la entabló con Lehman Brothers, mientras que la relación con Bankinter era instrumental y se limitaba a una ejecución de una orden de compra. Es decir, Bankinter no fue el destinatario de los fondos del Sr. Tomás . Lo que pretende la demanda es que quien actuó como mero intermediario, asuma los riesgos de una inversión frustrada, y ello, porque según la Sentencia, el Sr. Tomás no era capaz de comprender que si Lehman Brothers quebraba, él perdería su

inversión. ¿Debe responder quien intermedia en la suscripción de un seguro de la insolvencia de una gran compañía de seguros?

¿Debe Bankinter responder de la insolvencia del cuarto mayor banco de inversión de Estados Unidos? Obviamente no.

A este respecto, resulta imprescindible destacar que los productos con riesgo de mercado inexistente o muy bajo, incluida la deuda pública, también tiene riesgo de crédito. Basta acudir a la Guía sobre Renta Fija publicada por la CNMV (acompañada como Documento número 12 de nuestra contestación), que afirma que el riesgo de crédito es:

"el riesgo de que el emisor de un valor no pueda hacer frente a sus pagos (tanto de cupones como de reembolso del principal) o de que se produzca un retraso en los mismos. El emisor puede ser una empresa, entidad financiera, Estado u otro Organismo Público."

Del extracto de la citada guía de la CNMV se deduce claramente que, en emisiones de renta fija como los Bonos del Tesoro (las más seguras desde un punto de vista del riesgo de un emisor español) y donde el capital está protegido, existe el denominado riesgo de crédito consistente en que el emisor (en este caso, el Estado) no haga frente al pago al que se ha obligado contractualmente. Dicho riesgo existe, también, en los fondos de inversión más conservadores (esto es, los que invierten en renta fija). **Es más, el riesgo de crédito existe, incluso, en la apertura de una cuenta corriente en una entidad bancaria pues, en caso de que la misma quiebre, existen posibilidades de que no se devuelva al cliente el dinero que se entregó a la entidad depositaria.**

En consecuencia, afirmar que de haber conocido la posibilidad de quiebra de Lehman Brothers el actor no hubiera realizado la inversión entraña que el Sr. Tomás no hubiera invertido los más de 2 millones de euros en una Sociedad de Inversión de Capital Variable (en adelante SICAV) ni tampoco depósitos en ninguna entidad bancaria, ni mucho menos hubiera invertido en fondos de inversión de renta variable o en acciones de SICAVs y otros bonos, pues, en todos los casos, existía la posibilidad de que la entidad que disponía del dinero entregado (ya fuera el banco o el emisor del bono) no pudieran devolver el capital.

Si se hubiera informado al Sr. Tomás que las probabilidades de quiebra de Lehman Brothers, según las agencias de rating, eran de 2 entre 100.000 (mucho menores que las de que quebrase la - propia Bankinter) ¿Habría el actor decidido no invertir en el Bono?

No olvidemos que, como se verá más adelante, el actor reconoció durante el interrogatorio que sabía lo que era el riesgo de crédito, por lo que es difícil creer los argumentos de la demanda acogidos por la Sentencia relativos a que el Sr. Tomás desconocía la posibilidad de quiebra del emisor y sus consecuencias.

En idéntico sentido, invertir en deuda emitida por un Estado (o por una Comunidad Autónoma, como en el caso de los bonos del gobierno canario en los que los actores habían invertido) tampoco es una inversión 100% segura pues como ya se expuso en la contestación a la demanda, los Estados soberanos también están sometidos al riesgo de crédito. Véase los problemas por los que ahora atraviesan Grecia, Irlanda, o Portugal, así como la efectiva quiebra de Islandia como un ejemplo de que los valores emitidos por Estados también conllevan ese riesgo de crédito, motivo por el que no es 100% descartable que una Letra del Tesoro se viera perjudicada por el denominado riesgo de crédito si nuestro país sufriera algún problema financiero importante.

No deja de ser ilustrativo a estos efectos que en la página de Internet del Tesoro (www.tesoro.es), la única indicación que aparece respecto a la solidez financiera del emisor (el Estado), son Aa2/AA+/AA, que ni tan siquiera se diga que esas letras corresponden al rating y que en el glosario de términos para el potencial inversor (<http://www.tesoro.es/sp/deuda/glosario/d09.asp>) ni siquiera se indique qué es el riesgo de crédito o qué significa el rating. Tampoco en la página de Internet de Banco de España, (<http://www.bde.es/webbde/es/secciones/servicio/cuentas/cuentas.htm1>) cuando se rellena la solicitud de compra, se advierte de nada. Si acogemos la tesis de la Sentencia, no podríamos sino deducir que el Estado actúa con dolo y que induce al error a los posibles inversores, que pueden comprar directamente deuda pública a través de esa página de Internet. [...]

En resumen, no existe una inversión que sea 100% segura y que evite el riesgo de crédito, ya que toda entrega de capitales a un tercero entraña la posibilidad de que el tercero no pueda, devolverlos, por causas ajenas a su voluntad o a lo pactado contractualmente. Quien no esté dispuesto a asumir riesgo de crédito no puede invertir.

En lo que respecta al riesgo de crédito como inherente a toda inversión y, por tanto, su no indicación expresa no constituye error en el consentimiento, las siguientes 10 sentencias se han pronunciado a este respecto:

1. Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7a). Sentencia núm. 305/2010 de 18 junio (JUR \2010\304758):

"El apelante afirma que no se especificaba en la información que una situación de quiebra o insolvencia de la emisora, en este caso LEHMAN BROTHERS, afectaba a la rentabilidad y al propio valor del producto hasta hacer desaparecer aquel o minorarlo gravemente. Sin embargo debe señalarse que dicha circunstancia la entendemos comprendida dentro del catálogo descripción del riesgo y de los factores que atañen a su rentabilidad positiva o negativa, que se detallan en la información que aparece en el documento de 26 de febrero de 2007, de suscripción de compra (documento 6 de la demanda y 10 de la contestación), al que hemos hecho referencia, y que se trata en todo caso de un riesgo elemental que cualquiera conoce"(énfasis añadido)

2. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 22 de noviembre de 1999 :

"la inversión en el mercado de valores es un contrato de riesgo y aunque se trate de un valor de renta fija es obvio que está sometido al riesgo de solvencia de los emisores" (énfasis añadido)

3. Sentencia del Juzgado número 89 de Madrid (procedimiento 1521/2009) de 2 de junio de 2010

"el riesgo de crédito es inherente a toda mercantil que opere libremente en el tráfico. Quebrado el Grupo LEHMAN BROTHERS, la actora perdió las cantidades líquidas y las expectativas jurídicas que, fundadas en el traje de una acción o de otra, reclama en este procedimiento". (énfasis añadido)

4. Sentencia 177/2010 del Juzgado número 77 de Madrid de 2 de septiembre :

"Ninguna inversión, sea cual sea el emisor, está exenta de riesgo de crédito, dado que de ningún deudor se puede predicar, con certeza matemática, que siempre podrá hacer frente a sus compromisos." (énfasis añadido).

5. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17) Sentencia núm. 436/2006 de 13 septiembre (AC 2007\676):

"En definitiva, y tras atender a las anteriores consideraciones, hay que concluir que el propio riesgo inherente a las inversiones bursátiles, manifestado con gran virulencia en la crisis que afectó a los mercados y especialmente a los valores tecnológicos en la época en que se produjeron las inversiones del actor fue el elemento determinante de la pérdida del valor estimado de las mismas." (énfasis añadido)

6. Juzgado de primera instancia número 6 de Valladolid en su Sentencia 34/2011 de 7 de marzo :

"el riesgo de insolvencia de la otra parte (es lo que sucedió en el caso de LEHMAN) es inherente o consustancial a todo negocio jurídico en general y a las operaciones de inversión en particular, es un hecho notorio que todo el mundo conoce y que no precisa por ello de información alguna específica al respecto". (énfasis añadido)

7. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 61 de Madrid de 23 de mayo de 2011 en los autos 1919/09:

"El Problema surgido en el caso que nos ocupa consistió en la quiebra del emisor, en fecha 15 de septiembre de 2008, pareciendo lógico que constituye un riesgo innato a cualquier inversión u operación negocial (...) y que para la comprensión de dicha situación no hace falta ser un experto financiero."

Respecto al hecho de que no se especificara en la información remitida al inicio que una situación de Quiebra o insolvencia de la emisora, en este caso LEHMAN BROTHERS, afectaba a la rentabilidad y al propio valor del producto hasta hacer desaparecer aquel o minorarlo gravemente hay que señalar (...) que se trata, en todo caso, de un riesgo elemental que cualquiera conoce, y evidentemente lo ha de percibir una persona con el grado de formación del demandante en este tipo de operaciones, por lo que en ningún caso se ha producido error esencial e invalidante, capaz de anular el contrato". (énfasis añadido)

8. Sentencia 73/2011 de 17 de Marzo del Juzgado de Primera Instancia número 59 de Madrid (autos 347/2010)

"Hemos de partir del hecho notorio de que todo producto financiero (incluidos los de renta fija y los propios Bonos de Tesoro) tiene riesgos, y, no solo el riesgo de crédito, entendido como posibilidad

de que el acreedor o emisor no pueda hacer frente al pago de sus obligaciones, tanto del pago del principal como se sus intereses, en casos de insolvencia o incluso de quiebra (como sucedió con Kaupthing), sino también riesgos de mercado, derivado de fluctuaciones de las variables del mercado, en especial, de los tipos de interés, y el propio riesgo de producto, pudiendo encontrarnos con el caso de entidades sólidas y solventes que emiten productos de alto riesgo y entidades poco solventes que emitan productos fiables por venir garantizados por terceros. En consecuencia, **no puede predicarse de ninguna inversión en productos financieros una absoluta seguridad que permita al emisor o al intermediario asegurar al suscriptor que nunca tendrá pérdidas, incluso de la totalidad (le lo invertido).**

9. Juzgado de Primera Instancia número 1 de Burgos Sentencia 175/2010 . Autos 208/10:

"el riesgo del emisor es un riesgo inherente o consustancial a toda inversión que no precisa de especial referencia, pues todo inversor, (...), debe conocer que la inversión se puede perder si quiebra la entidad que emite el producto financiero, en este caso los bonos estructurados con capital no garantizado , lo cual es obvio" (énfasis añadido)

10. Sentencia de 13 de julio de 2010 del Juzgado número 10 de las Palmas de Gran Canaria (Procedimiento Ordinario 1556/09):

"Por definición, el riesgo existe en toda operación financiera, porque el riesgo de que el emisor sea incapaz de asumir sus compromisos nunca puede descartarse. En los días en que se redacta esta Sentencia se entiende , fácilmente, dado que la crisis económica ha revelado que emisores reputados de total solvencia, como los propios estados soberanos que emiten deuda pública, ven cuestionada su capacidad de pago, y los mercados requieren garantías adicionales de otros estados soberanos, Por tanto, las deudas, bonos u obligaciones emitidos por cualquier entidad pública o privada no están exentos de riesgo, va que nadie puede garantizar con total seguridad que se recuperará la totalidad de lo invertido, pase lo que pase, " (énfasis añadido)

Todas estas sentencias contravienen el razonamiento de la Sentencia que se recurre que entendió "artificial e impropia del derecho la distinción entre riesgos del mercado de capitales y riesgo de crédito", es decir, que consideró que era el inversor no era capaz de entender que si el emisor del Bono quebraba, perdería su dinero.

Esta exigencia sería tanto como obligar a los bancos a que establezcan en los contratos de depósito la posibilidad de quiebra de la emisión, o en los contratos de compraventa de acciones la posibilidad de quiebra de la compañía cuyas acciones se venden, o en los contratos de seguro, la posibilidad de quiebra de la aseguradora. Si esa posibilidad no se contempla de forma expresa es porque es consustancial a toda operación y porque se trata de un evento extra-contractual, y cuyos efectos entran dentro del ámbito de la insolvencia de la compañía emisora, o más ampliamente, del deudor de la prestación.

2. EL RATING COMO MECANISMO DE INFORMAR DEL RIESGO DE CRÉDITO

Estima la Sentencia de instancia que, en lo que respecta a la información sobre el riesgo de crédito, Bankinter limitó "su información al respecto a recoger en el Bono que el emisor del mismo era Lehman Brothers Treasury Co. BV Rating A1/A+/AA-, información ésta manifiestamente insuficiente".

Pues bien, entendemos que la conclusión alcanzada por la Sentencia de instancia no es ajustada a Derecho por cuanto que la indicación del rating crediticio del emisor es la manera correcta de informar sobre el riesgo de crédito según la CNMV, el Tesoro Público y varios precedentes judiciales.

En palabras de la CNMV, en la última Memoria anual sobre Reclamaciones y Consultas (<http://www.enmv.es/DocPortal/Publicaciones/Informes/MIweb.pdt>) se establecen los "Criterios y recomendaciones de interés general aplicados en las reclamaciones" indicándose en la página 29 de dicho documento lo siguiente:

<http://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Informe...>

Si bien es recomendable que se incluya un apartado específicamente orientado a la descripción de los riesgos asociados al producto, se entiende cumplida dicha exigencia si existe información clara y explícita sobre los riesgos más relevantes (pérdida de capital al vencimiento, riesgo divisa, etc.).

Criterios y recomendaciones de interés general aplicados en las reclamaciones

En relación con el riesgo emisor y la información que sobre él pueda ofrecerse a los clientes, se acepta que las evaluaciones de riesgo realizadas por las entidades calificadoras de riesgo (agencias de rating) han

sido hasta el momento asumidas en los mercados como indicadores del grado de cobro de los acreedores de una entidad emisora. En la medida en que la referencia al *rating* se incluya en la información suministrada al cliente y al mismo tiempo se identifique de forma clara la denominación social de la entidad emisora, podría considerarse satisfecha la obligación de información sobre el riesgo emisor.

Según la CNMV **"en la medida en que la referencia al rating se incluya en la información suministrada al cliente y al mismo tiempo se identifique de forma clara la denominación social de la entidad emisora, podría considerarse satisfecha la obligación de información sobre el riesgo emisor"**. Y es que, tal afirmación no hace sino corroborar el concepto que la CNMV maneja en relación al "rating" al establecer en su página web la definición de "Agencia de Calificación" establece que **"El 'rating', es un instrumento que permite a los inversores valorar el riesgo de un emisor, o de una emisión concreta, en relación con una escala de calificaciones predeterminada."**

Por tanto, Bankinter hizo justo lo que la CNMV considera como una buena práctica: consignar el nombre del emisor y su rating.

Es más, eso es justo lo que hace el Tesoro Público en el folleto que se acompañó en la contestación a la demanda como Documento número 9 se explica que **"para un inversor particular es extremadamente difícil conocer en cada momento el posible riesgo de impago que asume al realizar sus inversiones. Para facilitarle la tarea surgen la calificación crediticia y las empresas especializadas en la misma. Estas empresas llamadas agencias de rating (...) emiten su opinión sobre la calidad de la entidad emisora, esto es, sobre su capacidad para devolver empréstitos"**. Pues bien, dicho folleto no establece que exista el riesgo de quiebra del Tesoro Público, sino que se limita a indicar que España tiene muy buen rating, pero no da el siguiente paso lógico que sería indicar que, por tanto, existen pocas probabilidades de que se consume el riesgo de quiebra. Y no da ese "paso informativo" porque es obvio que esa posibilidad es inherente a toda inversión.

Por su parte, que el rating es el método de informar del riesgo de crédito es algo que también ha sido reconocido por los siguientes precedentes jurisprudenciales:

* Sentencia de 13 de julio de 2010 del Juzgado número 10 de las Palmas de Gran Canaria (Procedimiento Ordinario 1556/09), en un procedimiento que enjuiciaba la quiebra del banco americano Lehman Brothers se establecía que dicha entidad quebró debido a:

"una imprevisible crisis financiera mundial de grandes proporciones, que afectó de una manera u otra, a todas las entidades bancadas. Ninguna otra información, podía solicitar sobre este particular a BANKINTER, SA, ni estaba obligado a prestar, ya que aparece en la ficha del Bono el nombre del emisor Lehman Brothers y su calificación financiera, valorada por las agencias internacionales. (...) Ninguna información podía facilitar Bankinter más allá de hacer constar en la ficha los ratings de calificación de Lehman Brothers." (énfasis añadido).

* Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 61 de Madrid de 23 de mayo de 2011 en los autos 1919/09:

"Bankinter nunca comercializaba bonos de un emisor cuyo rating fuera inferior al de Bankinter, principio éste que fue respetado en la inversión que nos ocupa, figurando en el documento 6 de la demandada los parámetros del emisor, [rating] por lo que pudieron ser adecuadamente valorados por el demandante." (énfasis añadido)

Finalmente debe destacarse que a nivel europeo también se ha reconocido el rating como la mejor manera de medir el riesgo de crédito. Así, según la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo del Consejo, de 12 de noviembre de 2008, sobre las agencias de calificación crediticia **"las calificaciones emitidas por las agencias constituyen para los inversores una manera eficaz de medir y gestionar el riesgo de crédito"**.

Es más, Ley 15/2011, de 16 de junio, por la que se modifican determinadas normas financieras, en su exposición de motivos establece que **"Las agencias de calificación crediticia desarrollan una función esencial en tanto que actores responsables de evaluar la solvencia de una entidad o de un instrumento financiero, parámetro fundamental para mantener la estabilidad del conjunto del sistema financiero"**.

En definitiva, la CNMV, el Tesoro Público, el Parlamento Europeo, la actual legislación y la jurisprudencia entienden que el rating que otorgan las agencias de calificación es el mejor método para informar sobre el riesgo de crédito.

3. CONOCIMIENTOS DEL SR. Tomás : INEXCUSABILIDAD DEL ERROR

Que el Sr. Tomás conocía lo que era el rating crediticio así como el riesgo de crédito es un hecho incontrovertido.

En lo que respecta al riesgo de crédito, si bien este es obvio e inherente como se ha explicado, existen motivos para considerar que en el caso específico del Sr. Tomás, no hay duda alguna sobre el hecho de que conocía perfectamente el significado y alcance de este riesgo ya que:

(a) Según reconoce la demanda, el Sr. Tomás es licenciado en Economía y **Licenciado en Empresariales**. En dicha carrera universitaria, entre las materias que se estudian se encuentra tanto los mercados de valores como los riesgos inherentes a los productos financieros. Es más, tan sólo hay que comprobar la titulación del experto que firma el dictamen pericial aportado de contrario (Licenciado en Economía) para apreciar que si alguien sabe de inversiones y sus riesgos es un economista. Este concepto, el de riesgo de crédito, además, es transversal a todas las materias o asignaturas que se estudian en la carrera. Por ejemplo, en contabilidad, el riesgo de crédito tiene su reflejo en partidas contables como pérdidas por deudores incobrados, provisiones por deudores de dudoso cobro, etc. En Historia Económica, que se estudia en primer curso, también aparece este concepto, al haber sido su materialización el detonante de la mayor parte de la crisis (por ejemplo la de 1929). En análisis y valoración de empresas es un factor esencial para calcular el coste de financiación. En definitiva, cualquier estudiante de económicas (y el Sr. Tomás lo fue con provecho), conoce este concepto y lo aplica en las más variadas ramas de la carrera.

(b) Como admite la demanda, el Sr. Tomás ha trabajado en bancos nacionales (Bankinter, Santander, Guipuzcoano) e internacionales (Banco de Venezuela, Banco del Caribe) y en todos ellos ha desempeñado puestos de alta dirección. Pues bien, a nadie se le escapa que por su profesión (director ejecutivo de banca) debía conocer perfectamente, en qué consiste el riesgo de crédito pues es un concepto básico de la actividad bancaria, uno de cuyos pilares es prestar dinero a clientes que se convierten en deudores, y por ende, potenciales fallidos.. No es de extrañar, por tanto, que el Banco de España se haya preocupado de reglamentar el riesgo de crédito, su valoración y sus modos de disminución en varias circulares tales como la Circular 3/2008, de 22 de mayo, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos. y la Circular 4/2004 de 22 de diciembre sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros.

(c) Según se ha expuesto con anterioridad, entre las funciones desempeñadas por el Sr. Tomás como trabajador de Bankinter se encontraban las siguientes: *Aprobar la sanción de las operaciones de riesgo; Exigir el cumplimiento de las normas internas implementadas en Riesgos Crediticios; Velar por la calidad del riesgo crediticio de los centros bajo su dependencia.*

Ninguna duda cabe, pues, de que el Sr. Tomás sabía perfectamente lo que es el riesgo de crédito.

En lo que respecta al rating y su significado, no existe la más mínima duda de que el Sr. Tomás *conocía qué significa el rating y el riesgo de crédito pues así lo reconoció en el interrogatorio de parte.*

* *Letrado Bankinter:* Bien, con respecto a su trabajo en el banco del Caribe, ¿el banco del Caribe tiene rating?

* Sr. Tomás : El banco del Caribe tiene rating.

* *Letrado Bankinter:* Sí. Según la página web del banco del Caribe, además se define específicamente lo que es el riesgo de crédito, ¿verdad?

* Sr. Tomás Sí.

* *Letrado Bankinter:* O sea, ¿qué usted el riesgo de crédito entiende lo que es?

* Sr. Tomás Sí.

* **Jueza** En todo caso, señor abogado, permítame. Si no habla usted en español, los demás no le entenderemos, así que si quiere... **Yo, desde luego, no sé lo que es "renting"**.

* *Letrado Bankinter:*.. Rating, rating. Pues, ¿tiene calificación crediticia?

* Sr. Tomás Tiene calificación crediticia.

* *Letrado Bankinter:*.. Bien, y esa calificación crediticia y el riesgo de crédito están definidos en la página del Banco del Caribe, ¿verdad? (punto 9:19:41 - 9:20:30 de la grabación)

* Sr. Tomás Hace bastante tiempo que no entro en la página web del Banco del Caribe, pero entiendo, entiendo que sí.

El Sr. Tomás fue Presidente Ejecutivo del Banco del Caribe. Si el Banco del Caribe tenía rating, sin duda el Sr. Tomás manejó este dato para buscar financiación, relacionarse con inversores institucionales etc. Afirmar que el máximo directivo que un banco, que reconoce que sabe lo que es el rating, no comprendió lo que significaba la asignación de un rating con Lehman Brothers carece de fundamento lógico.

Del interrogatorio del actor transcrito se deducen dos extremos de vital importancia para el éxito de esta apelación.

La primera, es que el Sr. Tomás sabe lo que es el rating y entiende qué significa el riesgo de crédito, pues así lo reconoce de manera expresa a preguntas del letrado que suscribe.

La segunda es que la Jueza no valoró correctamente el interrogatorio del Sr. Tomás por cuanto que confundió el término rating con el término "renting". Con respecto al significado del rating y su trascendencia, nos remitimos a la contestación. Así, en las páginas 16 a 19 se explica por qué el Bono era un producto de bajo riesgo desde el punto de vista del emisor, y cómo Lehman Brothers, debido al rating que tenía, era un banco extremadamente solvente. Por su parte, las páginas 37 a 38 hacían mención a cómo las agencias de rating no pudieron prever la quiebra de Lehman Brothers. Igualmente los documentos 9 a 12 de la contestación contenían información sobre el rating de otros bancos y estados, y sobre el significado de los mismos.

Resulta obvio que si la Jueza confundió este concepto con el de "renting" en el momento del juicio, difícilmente pudo darle el valor adecuado a la declaración del Sr. Tomás en la que reconocía saber lo que es el riesgo de crédito y lo que es el rating, al que se hacía mención expresa en la documentación informativa y contractual del Bono.

Todo lo anterior (el conocimiento del riesgo de crédito y del rating) nos lleva a concluir que hubo un error en la apreciación de la existencia de un vicio en el consentimiento del Sr. Tomás y, en todo caso, el supuesto error padecido sería inexcusable.

Así se desprende de la Sentencia de la Sección 13 de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid de 5 de Julio de 2011 (Rollo apelación 607/2010) y que enjuicia la comercialización de un bono idéntico al que es objeto de esta litis. En dicho procedimiento, se estimó que el error aducido por la actora era inexcusable tomando en consideración su condición de licenciada en empresariales. La citada resolución ponderó lo siguiente:

*"Y llegados a este punto hemos de señalar que, puesto que **la excusabilidad del error se ha de valorar atendiendo a las circunstancialidad del caso y personas, doña Angelica es titulada universitaria, licenciada en Ciencias Empresariales, y había trabajado como consultora desde 1996 a 2008 en la sociedad IMS HEALTH S.A. y su esposo, don Braulio (presente en la concertación de la inversión, puesto que, al mismo tiempo, él y la actora adquirieron bonos de otra clase, llamado Bono Bienvenida) era licenciado en derecho, aunque dedicado a la consultoría de marketing.**"*

Si en la citada resolución se consideró inexcusable el error padecido por una licenciada en empresariales que trabajaba en una empresa de salud, parece razonable pensar que el error de alguien con casi 40 años de experiencia en la dirección de entidades financieras, y que reconoce saber lo que es el rating y el riesgo de crédito deberá ser también inexcusable, y por lo tanto, no invalidante del consentimiento.

No debe olvidarse que la propia Sentencia apelada considera que para valorar si existe vicio en el consentimiento debe hacerse *"atendiendo a la complejidad de los productos en los que se invierte y **valorando también el -rado de conocimiento del cliente inversor, para medir causísticamente la correcta emisión del consentimiento negocial de éste y, en consecuencia, el cumplimiento de la entidad financiera de sus deberes de transmisión de información"***

Pues bien, es dicho grado de conocimiento, derivado de su formación académica y profesional y que se dedujo del interrogatorio de parte, al que la Sentencia de instancia no ha atendido, declarando erróneamente la existencia de un vicio en el consentimiento.

CUARTO.- ERROR EN LA APRECIACIÓN DE VICIO EN EL CONSENTIMIENTO POR FALTA DE INFORMACIÓN SOBRE LEHMAN BROTHERS

Además de la falta de indicación del riesgo de crédito, del tenor literal de la Sentencia de instancia parece deducirse que también se achaca a mi mandante que no informara acerca de *"las características, régimen o sistema de control y medios efectivos"* de Lehman Brothers y que no cabe plantearse que el personal de Bankinter se olvidara de transmitir al cliente la "importancia del dato de las cualidades" de Lehman Brothers.

En concreto, el párrafo de la Sentencia apelada es el siguiente

"Se omitió al cliente la información de que el garante de la inversión era una sociedad privada no española, ocultándose las características de la sociedad emisora, régimen o sistema de control y medios efectivos con los que garantizar el 100% de la inversión (...) debiendo ser calificada tal ocultación como dolosa, es decir, realizada a sabiendas, pues no cabe plantearse que expertos asesores financieros de la categoría profesional de D. Moises , D. Jose Manuel o D. Adriano , según describen ellos mismos sus cargos al deponer como testigos, pudieran olvidarse de transmitir al cliente la importancia del dato de las cualidades de quien habría de ser garante de su dinero y cumplir con la obligación de devolverlo".

Las consideraciones de la Sentencia a este respecto no son ajustadas a derecho por los siguientes motivos: (i) no existe obligación de información sobre las cualidades del emisor de los valores; (ii) tal déficit informativo no pudo afectar al consentimiento del actor; y (iii) los comerciales de Bankinter estuvieron bajo el mando del Sr. Tomás y sus conocimientos pueden reputarse menores que los del actor.

1. LA OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN ESTABLECIDA EN LA LEY 211/1988 DE 28 DE JULIO DE LOS MERCADOS DE VALORES (LMV)

Dispone el artículo 79 bis de la LMV que *"las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes. (...) a los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa"*.

Como puede observarse, la obligación de *"informar sobre la entidad"* hace referencia a las entidades que prestan el servicio de inversión (en este caso Bankinter, de ejecución de órdenes), mientras que cuando se trata de informar sobre el producto lo que debe ofrecerse es información *"que les permita comprender la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece"*.

Tanto la ficha comercial como la orden de compra contenían información que permitía a cualquier persona, y más a alguien de la formación y experiencia del Sr. Tomás , comprender la naturaleza y riesgos del Bono que se adquiriría. En concreto, se informaba de quien era el emisor, de su rating, de que Bankinter era un mero intermediario, del subyacente (el tipo de cambio Euro/Dólar), de los escenarios de rentabilidad según la evolución del tipo de cambio, etc.

Lo que la ley exige es que se informe de los riesgos *"del tipo específico de instrumento financiero"*, es decir, si se comercializan acciones habrá que informarse de que éstas cotizan en bolsa y pueden subir o bajar de valor, pero no de que si quiebra la compañía que las emite los accionistas tendrán dificultades en recuperar la inversión. Es decir, los riesgos *"específicos"* del producto son, por definición, distintos de los riesgos generales inherentes a toda inversión y que deben ser conocidos por los clientes.

No es exigible que Bankinter tuviera que consignar en la ficha comercial o en la orden de compra *"las cualidades"* de Lehman Brothers, sin perjuicio de que, como veremos, tales cualidades nunca habrían hecho que el actor dejara de invertir en el Bono.

2. IRRELEVANCIA DEL DÉFICIT INFORMATIVO

Suponiendo que Bankinter debiera haber informado de las *"las características, régimen o sistema de control y medios efectivos"* de Lehman Brothers tal déficit informativo no habría supuesto un cambio en la decisión de inversión del Sr. Tomás .

Ello se debe a que Lehman Brothers era el cuarto mayor banco de inversión de EE.UU., con 28.000 empleados, una capitalización bursátil de 35.000 millones de dólares, y con unos beneficios en 2007 de 4.200 millones de dólares. ¿Hubieran estos datos influido negativamente la voluntad del Sr. Tomás de contratar el Bono? No es factible, y más aún cuando dicho banco era inmensamente más grande, solvente y reputado que Bankinter, por lo que si el Sr. Tomás , según afirma en la demanda, confiaba en la solvencia de mi representada, más aún debía confiar en la de Lehman Brothers, ya que en lo que respecta al régimen o sistema de control, Lehman Brothers, de un lado estaba supervisada por la Security Exchange Commission (SEC) de EE.UU., la supervisora de los mercados de valores estadounidense ante quien presentaba sus resultados con carácter trimestral y que nunca puso objeción alguna a la viabilidad económica de dicha entidad financiera. Por otro lado, las tres agencias de rating (Fitch, Moodys y Standard & Poors) también analizaban la solvencia de Lehman Brothers y calificaban su solvencia de muy buena según los ratings que estaban consignados en la orden de compra y la ficha comercial.

Finalmente, si acudimos al criterio de los profesionales de la inversión, los analistas, veremos que de 106 recomendaciones sobre las acciones de Lehman Brothers emitidas a lo largo del año 2008, sólo una fue de venta y 105 de mantener o comprar (Documento 17 de la contestación), lo que significa que los expertos que analizaban la información disponible en ese momento (las quinielas siempre se aciertan los lunes) no vaticinaban problema alguno para Lehman Brothers, puesto que pensaban que su valor en bolsa subiría, o por lo menos, se mantendría.

En lo que respecta a la solvencia de Lehman Brothers y la imprevisibilidad de su quiebra, nos remitimos a los Hechos Segundo (apartado 2.2) y Cuarto de la demanda, así como al informe pericial de Dña Victoria y D. Salvador aportado con anterioridad a la Audiencia Previa.

En relación con el déficit informativo y su relevancia a los efectos de anular el consentimiento prestado se pronuncia la ya citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13) de 5 de julio de 2011 :

"La falta de información acerca de que el garante fuese Lehman Brothers Holding Inc. (...) no puede considerarse actuación del banco demandado productora del error que se invoca en el pleito, puesto que lo que se hizo fue omitir una información provechosa para el consumidor o inversor, no ocultarle una restricción o limitación de sus derechos.

Estaremos ante un déficit informativo, con vulneración del artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores, del artículo 60 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, apartado dos, letra e (información sobre garantías ofrecidas antes de contratar) y artículo 64, apartado cinco, del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión (instrumento, financiero con la garantía de un tercero). Mas tal infracción no causa el error denunciado en el proceso."

De nuevo la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19, en Sentencia de 21 de marzo de 2011 afirmaba que

cabe plantearse la incidencia que la más completa información o asesoramiento hubiera podido tener la ulterior pérdida de valor de los bonos y de la capacidad de devolución de su importe por la entidad emisora y garante de los mismos, y es de contestarse que ninguna, *siendo que los demandantes no cabe entender dieran la orden de compra a ciegas, cuando como se reconoce mantuvo varias entrevistas con la más arriba referida incluso con visitas al propio despacho profesional del demandante, que si bien no le entregó documentación alguna, sí le hizo ofrecimiento de tales bonos, indicando que le pareció bien lo que le explicaba y dio la orden de compra.*

3. SOBRE LOS CONOCIMIENTOS DE LOS EMPLEADOS DE BANKINTER

No pueden compartirse las consideraciones de la Sentencia en relación a que los empleados de 0-1 Bankinter, por sus conocimientos financieros, *"pudieran olvidarse de transmitir al cliente la importancia del dato de las cualidades"* de Lehman Brothers.

Estimamos que no es ajustado a derecho considerar que las personas que estuvieron bajo el mando del Sr. Tomás tienen conocimientos financieros que les obligaban a explicar quién era Lehman Brothers y, sin embargo, su jefe, quien dirigió en Bankinter todo el norte de España y quien fue presidente ejecutivo del banco más importante de Venezuela, no tuviera esa información.

El Sr. Tomás, como directivo de Banca, sabía quien era Lehman Brothers, pues era el cuarto mayor banco de inversión de EE.UU. No se trataba de una pequeña caja de ahorros, sino de un gigante financiero que tenía 7 veces más empleados que Bankinter, mejor rating, más beneficios, más activos y que llevaba más de 150 años operado en el sector financiero.

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL DOLO

Dispone el artículo 1.269 que *"hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho"*.

En lo que respecta a la acepción del dolo por omisión, lo que se exige es que se produzca una omisión de información por parte de un contratante que, de conocerla el otro, no hubiera celebrado el contrato.

Cómo es lógico, cuando lo que se oculta es información conocida, o que debe ser conocida, por la parte que alega la existencia de dolo, éste no puede viciar el consentimiento.

En lo que se refiere al caso de la litis, la Sentencia entiende que hubo dolo al no haber indicado en la orden de compra que la quiebra del emisor podía afectar a la inversión así como no consignar más información sobre Lehman Brothers (características, régimen de control y medios).

Aclarado lo anterior, estimamos que la Sentencia no es ajustada a Derecho en la apreciación del dolo por omisión ya que está acreditado que (i) el Sr. Tomás sabía lo que era el riesgo de crédito y el rating tal y como reconoció expresamente durante su interrogatorio; (ii) el Sr. Tomás, por su profesión, conocía quién era Lehman Brothers; y (iii) habiendo la Sentencia aclarado que no era lógico pensar que el garante era Bankinter, no se ha acreditado que de haber tenido más información sobre Lehman Brothers no hubiera adquirido el producto.

En definitiva, la información omitida era conocida por el Sr. Tomás y, en todo caso, nunca daría lugar a que su consentimiento estuviera viciado.

QUINTO.- BUENA FE Y EQUILIBRIO DE PRESTACIONES

Que el actor entendiera perfectamente el producto hasta que quebró Lehman Brothers es sintomático de la ausencia de buena fe que ha presidido la demanda, y de que lo único que pretende el actor es que Bankinter responda del riesgo inherente a toda inversión a cambio de un margen comercial de escaso importe en consideración al montante de la inversión.

Es decir, se pretende, de mala fe, que cuando la inversión no sale como se espera, sea el comercializador del producto quien responda aduciendo, tras la afectación de la inversión, que no se entendía lo que se contrataba.

El desequilibrio que produce que el comercializador responda del buen fin de la inversión y la mala fe que supone que, tras la quiebra de Lehman, se pida la nulidad del contrato o la resolución del mismo, son aspectos tratados por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19) de 21 de marzo de 2011 (Recurso de apelación 41/2011) que afirma que:

*"entre demandante y demandada en relación con los bonos a que la demanda se refiere, sólo existe una orden de compra dada por aquéllos a ésta, que la cumplimenta y cobra comisión por ella, por lo que **no existe justo equilibrio estableciendo que quien recibe la orden de compra v la cursa, haya de responder del riesgo imprevisible, dentro de parámetros normales de mercado, del éxito de la operación sobre la que versa la orden de compra**, pues ello extravasaría con mucho el ámbito y alcance de la orden por unos dada y por otra recibida, sin que la información que se haya dado o no entrega de la documentación que se dice pueda operar en relación de causalidad con el efecto final producido en el producto por los demandantes adquirido mediante aquella orden a la demandada, prestando aquellos el más conforme **consentimiento hasta que transcurrido el tiempo se manifiesta el no previsible fracaso del producto adquirido, siendo aquí donde opera la mala fe de los demandantes, que utiliza la vía de la resolución** de un contrato en los términos indicados, aunque formalmente en base a lo que alegan, pero **en el fondo en base al resultado de la operación por ellos libremente concertada, como indicábamos imprevisible**, sin que podamos ni siquiera establecer que haya habido vicio del consentimiento, en atención a las circunstancias concurrentes en los demandante o más propiamente en quien contrata en nombre de ambos" (énfasis añadido)*

La citada sentencia es de aplicación directa al caso que nos ocupa en el que el Sr. Tomás ha reconocido que sabía que el Bono había sido emitido por Lehman Brothers, que entendía el riesgo de crédito y que sabía lo que significa el rating, por lo que no es ajustado a Derecho que la Sentencia considere que existió un vicio en el consentimiento por falta de indicación de un riesgo que (i) es inherente a toda relación jurídica en la que existen prestaciones diferidas; (ii) es el más elemental de los riesgos de inversión; (iii) estaba indicado pues se consignó el rating de Lehman Brothers; y (iv) el actor ha reconocido que conoce y comprende ese concepto.

SEXTO.- ERROR EN LA VALORACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA NULIDAD

Como bien expone la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19) de 21 de marzo de 2011 *"no existe compraventa entre los demandantes y el Banco, actuando éste como intermediario en la compra"*, es decir, la relación jurídica de compraventa del Bono se contrae a Lehman Brothers (vendedor) y el Sr. Tomás (comprador).

Es por ello que en el Hecho Sexto de nuestra contestación a la demanda explicábamos que lo que no es posible es solicitar a uno de los contratantes es la restitución de bienes que ese contratante no recibió. En este punto debemos recordar que Bankinter no recibió del actor el importe de 2.234.000 dólares. Esa cantidad, una vez descontado el escaso margen de intermediación, fue entregada a Lehman Brothers Treasury Co BV, el

emisor del Bono. Es decir, los contratos de compraventa de los Bonos (cosa), a cambio de 2.234.000 dólares (precio), se perfeccionaron entre el Sr. Tomás y Lehman Brothers Treasury Co. BV, no entre el actor y Bankinter, por lo que el demandante no puede pretender que Bankinter, que no era el vendedor de los Bonos, sino su comercializador, sea quien devuelva un precio que nunca percibió del actor.

Por tanto, entendemos no ajustada a Derecho la consideración de la Sentencia relativa a que *"olvida que fue Bankinter la que asumió las funciones de comercializadora del Bono Cupón Euro Dólar 6%, siendo ella quien gestionó la orden de compra y quien recibió el dinero de los actores y lo transmitió a Lehman Brothers, por lo que de lleno le alcanza el deber de restitución del art. 1303 y ha de entenderse que es ella la obligada a la restitución de las prestaciones a que se refiere el mismo"*.

En apoyo de esta tesis, la Sentencia hoy apelada invoca la Sentencia del Tribunal Supremo 791/2000, de 26 de julio. Ante todo, cabe indicar que los hechos en que se asienta la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 37 de Madrid, el 3 de junio de 2011, y la que le sirve de fundamento, dictada por el Tribunal Supremo el 26 de julio de 2000, son absolutamente diferentes:

1. La Sentencia del Tribunal Supremo citada se dicta en un asunto que, como señala su Fundamento de Derecho segundo, «(...) versa sobre la venta de una finca edificada en una parte de su extensión, segregada de otra mayor, y cuya superficie no se adecua a la mínima exigible por la normativa urbanística aplicable en la zona al tiempo de celebrarse el contrato (...)». Asimismo, como señaló la Sentencia de la Audiencia Provincial en el mismo asunto (confirmada en este punto por la repetida decisión del Tribunal Supremo, de acuerdo con la letra "b" del párrafo cuarto del Fundamento de Derecho quinto), la declaración de nulidad radical respondió a la contravención de normas imperativas urbanísticas.

2. El asunto a que se refiere la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 37 de Madrid, de 3 de junio de 2011, tiene por objeto la declaración de nulidad del Bono, emitido y garantizado por Lehman Brothers y comercializado por Bankinter, reclamándose mediante alegación de vicio del consentimiento. Es de notar que, en este asunto, al contrario de lo que ocurre en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2000, la emisión y comercialización de dichos bonos implica a tres sujetos, entre los que se establecen relaciones jurídicas distintas: de emisión, por parte de Lehman Brothers, y de comercialización por parte de Bankinter.

El Tribunal Supremo, por tanto, en su Sentencia de 26 de junio de 2000, se limitó a declarar la nulidad de una operación de compraventa por incumplimiento de la normativa urbanística aplicable; contrato aquél de naturaleza simple, dado que el tercero demandado es parte ya en el contrato en que se subrogan los demandantes. Tenemos, por tanto, una única relación contractual respecto de la cual la restitución de las prestaciones acordada afectó a quienes las habían recibido en virtud del mismo contrato anulado.

En la compra del Bono, sin embargo, intervienen tres partes, creándose entre ellas dos relaciones contractuales diferenciadas:

(i) Por un lado, Lehman Brothers, como emisora del Bono, queda relacionada con el adquirente del mismo en cuanto que tal emisora y garante de su valor.

(ü) Por otro lado, Bankinter opera como mera comercializadora, de suerte que le corresponde nada más la ejecución de las órdenes correspondientes que le comunican sus clientes, en este caso, el demandante.

En conclusión, no cabe fundar en una Sentencia cuyos hechos y contenido son diametralmente diferentes, una decisión sobre la pretendida nulidad de la comercialización del Bono. Y es que, en otro caso, se estarían confundiendo, por confluencia, dos relaciones contractuales diversas, la del emisor y la del comercializador: la nulidad de una, no puede ni debe comportar sin más la de la otra.

En este punto, no podemos olvidar que la declaración de nulidad contractual ejercitada en la demanda (SUPLICO de la pretensión principal) se refería a que se anulase la orden de compra del Bono, que es, por otra parte, el contrato que Bankinter suscribió con el Sr. Tomás: un mandato o comisión mercantil para adquirir el Bono que vendía un tercero, en este caso, Lehman Brothers.

Por ello, si lo que se anula es esa orden de compra, lo que procederá es la restitución de las prestaciones intercambiadas en tal contrato; en este caso, Bankinter debería devolver al Sr. Tomás las comisiones o márgenes percibidos por la ejecución de la orden. Pero lo que no cabe es pedirle a Bankinter que restituya, con fundamento en la nulidad de esa orden, una prestación contractual (el precio del Bono) que la propia Bankinter no percibió.

Para que Bankinter, mero comisionista o intermediario en la compra del Bono por parte del Sr. Tomás a Lehman Brothers, debiera indemnizar toda la pérdida sufrida por el Sr. Tomás, se debería haber ejercitado una acción de daños y perjuicios que demostrara que, en la ejecución de la orden, Bankinter fue tan negligente que produjo unas pérdidas al Sr. Tomás equivalentes al nominal del Bono. Esta acción no ha sido ejercitada por el Sr. Tomás y, por lo tanto, atendido el principio de congruencia, si se estimara la nulidad de la orden de compra y se obligara a Bankinter a restituir las protecciones percibidas como consecuencia de la orden, Bankinter sólo debería devolver al Sr. Tomás los márgenes y comisiones cobrados, pero no el nominal del Bono, que Bankinter no percibió.

En este particular, debemos hacer mención de la Sentencia 119/2006 de 17 febrero, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1 .a) dictada en el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cáceres, de 3 de febrero de 1999, al hilo de un contrato de póliza de crédito destinado a la compra de acciones del mismo banco, y por el cual los particulares beneficiarios se obligaban, entre otras cosas, a no venderlas antes de cierto plazo y a acudir a todas las ampliaciones de capital que pudieran producirse. Solicitada la nulidad de la póliza por el cliente del banco y demandado por éste en casación, el Fundamento de Derecho tercero, letra "F" de la antecitada Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2006, fija el contenido de dicha acción de nulidad y afirma la exigencia de precisar claramente la persona a quien cabe imputar los vicios o defectos dimanantes de una relación contractual, al decir:

»F) Finalmente, también es rechazable la nulidad de pleno derecho, fundada en el art. 6.3 CC por infracción de diversas normas imperativas y prohibitivas, porque las acciones fueron compradas por los demandados, no por el propio Banco; la jurisprudencia se ha guiado siempre en esta materia por criterios de prudencia y flexibilidad; y en fin, en bastantes de los litigios se daba el contrasentido de que los demandados pretendieran liberarse de su deuda pero subsistiendo la titularidad de las acciones a su favor (sentencias de 28 de mayo de 2001, 2 de noviembre de 2001, ésta con examen de un motivo en el que se alegaba la circular del Banco de España 8/89, y 6 de junio de 2002»(...).

Asimismo, reviste especial interés el dictum de la Sentencia 68/2010 de 24 febrero, de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9a), cuyo Fundamento de Derecho noveno, examina con especial cuidado este tipo de relaciones, y afirma:

«TERCERO

»E igual suerte desestimatoria han de correr las alegaciones de la parte recurrentes relativas a la insuficiente o inadecuada información que del producto habría ofrecido la entidad hoy apelada, BANESTO, (...):

(...)

»3) No siendo BANESTO la emisora de los valores adquiridos por las demandantes, las obligaciones referidas a las cláusulas, condiciones o estipulaciones del producto, a que se refiere el artículo 10 LGDCU, o en su caso la alegación de nulidad por abusivas, no puede ser de exigencia frente a Banesto sino frente a la entidad emisora de aquellos valores (subrayado añadido). Por otro lado, no estando contratada por las partes litigantes la realización del servicio de inversión en la gestión de cartera por parte de BANESTO, no es posible estar en el caso de autos al tenor de la norma alegada por la recurrente: "Desarrollo del código general de conducta y normas de actuación en la gestión de carteras de inversión" (BOE 16/10/1999), pues, como ya se ha indicado, en este caso la mercantil demandada actuaba como mera comercializadora. (...).

En conclusión, no puede ignorarse que el régimen de nulidad previsto en los artículos 1301 y 1303 del Código Civil, sólo es aplicable a la específica relación contractual en que, en su caso, se hubieran apreciado los defectos que pudieran justificar dicha declaración; pero nunca a relaciones contractuales completamente ajenas a aquélla, establecidas con terceros y respecto de las cuales no se ha apreciado vicio invalidante. Por tanto, pretender la restitución de efectos frente a quien ni ha sido ni es parte en la relación que adolece del vicio de nulidad de pleno derecho, carece de toda justificación jurídica.

Si seguimos la tesis de la actora, en caso de compraventas de inmuebles o alquileres de viviendas, los agentes de la propiedad inmobiliaria que intermediaran en tales operaciones serían los responsables de devolver el precio percibido por el vendedor o la fianza recibida por el arrendador, ya que son ellos quienes intermedian en este tipo de operaciones. Desde luego, ningún sentido jurídico tendría la responsabilidad de tales intermediarios como tampoco lo tiene que Bankinter devuelva algo que no ha percibido y que nunca ha sido propiedad de mi mandante.

A estos efectos, es interesante traer a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13 a) Sentencia de 31 marzo 1999 (AC 1999/8887), en la que se declara la nulidad por error

de un contrato de compraventa de un inmueble en el que había participado un agente inmobiliario como intermediario. En tal resolución, constaba como demandado el agente inmobiliario y, sin embargo, como es lógico, quien fue condenado a restituir el precio fue quien finalmente lo recibió, esto es, el vendedor del piso y no el intermediario inmobiliario...».

Y terminaba solicitando que se dictase «...sentencia en la que se desestime la demanda interpuesta de contrario».

(3) Mediante escrito con entrada en el Registro General en fecha 22 de septiembre de 2011 la representación procesal de don Tomás y doña Claudia evacuó oposición al recurso de apelación interpuesto de contrario solicitando que se dictase «... sentencia por la que:

1º) Desestime íntegramente el recurso de apelación formulado de contrario, confirmando íntegramente la sentencia de instancia, con expresa imposición de las costas causadas en la segunda instancia.

2.º) Subsidiariamente, para el supuesto en que se estimara el recurso de apelación y en su consecuencia se revocara la sentencia desestimándola al entender que no existe nulidad contractual por dolo, estime la acción principal por nulidad contractual por causa de error, y, si desestimare la nulidad por error, estime la acción subsidiaria formulada en la demanda, y en su consecuencia:

1. Declare que la omisión de información esencial por parte de la entidad demandada en relación con el producto financiero ofertado y finalmente suscrito por la actora es contraria a la normativa vigente y a la buena fe, máxime cuando se contrató el mismo en el seno de un contrato de asesoramiento o gestión asesorada, condenando a BANKINTER, S.A. a responder de los daños y perjuicios ocasionados a la actora en su patrimonio por su conducta, y, que se cuantifican:

a. En la disminución patrimonial del principal invertido, consistente en la diferencia entre los 2.234.000.- USD (DOS MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL DOLARES NORTEAMERICANOS -USD-) y el importe que resulte del concurso que por quiebra de la entidad LEHMAN BROTHERS TREASURY CO BV, se tramita en Ámsterdam (Holanda), más los intereses legales devengados desde la fecha de interposición de la demanda; a cuyos efectos, se solicita que se declare que BANKINTER, S.A. deberá pagar en ejecución de sentencia a la actora la cantidad de 2.234.000.USD (DOS MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL DOLARES NORTEAMERICANOS -USD-), asumiendo como contraprestación la titularidad del bono denominado en los extractos bancarios "BONO CUPON EURO/DÓLAR 6%" desde la fecha de la estimación de la demanda, subrogándose en los derechos y obligaciones que pudieran resultar en dicho procedimiento concursal; o subsidiariamente a lo anterior, se condene a BANKINTER S.A. a abonar la diferencia que resulte respecto del principal y el importe que por dicho Bono perciba mi mandante una vez concluido el procedimiento concursal de la entidad emisora. Todo ello con expresa imposición de las costas causadas.

b. Eventualmente, la disminución patrimonial imputable a BANKINTER, S.A se cuantifica en la cifra que mis mandantes hubieran podido obtener en caso de venta de los bonos el día 25 de abril de 2008, o en su caso, para el supuesto en que no se tuviera su valoración a dicha fecha por no haberse realizado ninguna transacción, deberá determinarse el valor de venta de estos bonos en la fecha inmediatamente posterior al 25 de abril de 2008, más los intereses legales devengados desde la fecha de interposición de la demanda, asumiendo BANKINTER, S.A la titularidad del bono denominado en los extractos bancarios "BONO CUPON EURO/DÓLAR 6%", subrogándose en los derechos y obligaciones que pudieran resultar en dicho procedimiento concursal.

c. Todo ello con expresa imposición de las costas causadas».

(3) Mediante «primer otrosí digo» del escrito de oposición al recurso de apelación evacuado por la representación procesal de don Tomás y doña Claudia, alegaba que «... habiéndose aportado subrepticamente documentos nuevos a los siguientes folios: **folio 5** (en el que se transcribe el contenido de la información obtenida de la página www.invertiren bolsa.es, así como el pie de página de este mismo folio (remisión a tres páginas web); **folio 19** (escaneado de un pantallazo de la página www.tesoro.es y remisión a la propia página www.tesoro.es y a la página del Banco de España (www.bde.es); **folio 23**, escaneado de un pantallazo de la página web de la CNMV (www.cnmv.es), todos ellos del escrito de interposición de recurso de apelación, que se han incorporado sin más al escrito de recurso mediante su escaneado, sin haberse procedido a aportarlo en la forma prevista para todo documento novedoso y, sobre todo, sin haberse acreditado previamente que se trata de un documento que se encuentra en alguno de los casos previstos en el artículo 270 de la LEC, por no haberse podido aportar en la primera instancia, y sin haber pedido la práctica de la prueba conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 460 de la LEC, resulta del todo improcedente su

admisión sin más y su incorporación a autos de la forma absolutamente espuria que pretende la contraparte, burlando todas las formas y los plazos procesalmente establecidos.

A juicio de esta parte, una actuación como la descrita conculca las más elementales normas de procedimiento, atenta contra la necesaria seguridad jurídica y no constituye más que un burdo intento de fraude procesal, al pretender introducir un nuevo elemento de prueba -por muy inane que resulte, como es el caso- de semejante forma...».

Y, solicitaba de la Sección que «... declare la impertinencia de la aportación de los documentos que se insertan en el texto del escrito de interposición del recurso de apelación por los motivos anteriormente expuestos, y proceda al desglose del escrito de interposición de los citados folios 5, 19 y 23 inclusive.

(4) Mediante «segundo otrosí digo» del escrito de oposición al recurso de apelación interpuesto de contrario, la representación procesal de don Tomás y doña Claudia interesaba que «... conforme a lo dispuesto en el art. 461.3 de la LEC en relación con el art. 460.1 del mismo texto legal, se aporta un documento nuevo por esta parte (**DOCUMENTO N° A**), consistente en un informe de fecha 14 de marzo de 2011 de BANKINTER, documento que es de fecha posterior al escrito de presentación de la demanda. Y si bien es anterior en una semana a la fecha señalada para la Audiencia Previa (21 de marzo de 2011), esta parte sólo ha tenido recientemente conocimiento de él, por ser su difusión restringida, entendiendo que concurre el supuesto del artículo 270.2 de la LEC ».

(5) Por Auto de 10 de noviembre de 2011 la Sala acordó: A) No haber lugar al desglose de parte del escrito de interposición del recurso de apelación; y, B) No haber lugar a la incorporación del documento presentado al no aparecer justificado el momento en que, según se afirma, se tuvo conocimiento del mismo.

TERCERO.- A través de la demanda rectora de las actuaciones a que se contrae el presente Rollo, la representación procesal de don Tomás y doña Claudia interesaba, frente a la entidad mercantil «Bankinter, SA» la declaración de nulidad por vicio en el consentimiento ocasionado por la conducta dolosa de la demandada o, subsidiariamente, por error en las condiciones esenciales del contrato, de la orden de suscripción del denominado «Bono cupon Euro/Dolar 6%» y del consiguiente depósito de dichos valores, y, como consecuencia, la condena de «Bankinter, S.A.» a la restitución a los demandantes de la cantidad principal de dos millones doscientos treinta y cuatro mil dólares norteamericanos (2.234.000.-USD) más los intereses legales desde el 25 de abril de 2008, así como los gastos y comisiones que se hubieran abonado por la administración, gestión o depósito, así como los intereses legales desde la fecha en que se abonaron, con restitución recíproca por las partes de las prestaciones realizadas, debiendo asumir «Bankinter, S.A.» la titularidad del bono que se encuentra en la cuenta de intermediación número NUM000 de los demandantes, condenando asimismo a la demandada a estar y pasar por tales declaraciones.

Con carácter subsidiario, interesaba que se declarase que la entidad demandada omitió información esencial en relación con el producto financiero ofertado y finalmente suscrito por la actora de modo contrario a la normativa vigente y a la buena fe, condenando a «Bankinter, S.A.» a resarcir los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes y que cuantificaba del siguiente modo: «... a. En la *disminución patrimonial* del principal invertido, consistente en la diferencia entre los 2.234.000.-USD (DOS MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL DOLARES NORTEAMERICANOS -USD-) y el importe que resulte del concurso que por quiebra de la entidad LEHMAN BROTHERS TREASURY CO BV, se tramita en Amsterdam (Holanda), más los intereses legales devengados desde la fecha de interposición de la demanda; a cuyos efectos, se solicita que se declare que BANKINTER, S.A. deberá pagar en ejecución de sentencia a la actora la cantidad de 2.234.000.-USD (DOS MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL DOLARES NORTEAMERICANOS -USD-), asumiendo como contraprestación la titularidad del bono denominado en los extractos bancarios "BONO CUPON EURO/DOLAR 6%" desde la fecha de la estimación de la demanda, subrogándose en los derechos y obligaciones que pudieran resultar en dicho procedimiento concursal; o subsidiariamente a lo anterior, se condene a BANKINTER S.A. a abonar la diferencia que resulte respecto del principal y el importe que por dicho Bono perciba mi mandante una vez concluido el procedimiento concursal de la entidad emisora. Todo ello con expresa imposición de las costas causadas.

b. Eventualmente, la disminución patrimonial imputable a BANKINTER, S.A se cuantifica en la cifra que mis mandantes hubieran podido obtener en caso de venta de los bonos el día 25 de abril de 2008, o en su caso, para el supuesto en que no se tuviera su valoración a dicha fecha por no haberse realizado ninguna transacción, deberá determinarse el valor de venta de estos bonos en la fecha inmediatamente posterior al 25 de abril de 2008, más los intereses legales devengados desde la fecha de interposición de la demanda, asumiendo BANKINTER, S.A la titularidad del bono denominado en los extractos bancarios "BONO

CUPON EURO/DÓLAR 6%", subrogándose en los derechos y obligaciones que pudieran resultar en dicho procedimiento concursal».

La sentencia de primera instancia resolvió acoger la pretensión principal de las ejercitadas en la demanda interpuesta y, en su virtud, declaró la nulidad de la orden de suscripción del denominado «Bono cupón Euro/Dólar 6%» y del depósito de dichos valores, suscrita entre las partes con efecto del 25 de abril de 2008, por haberse producido un vicio en el consentimiento como consecuencia de la conducta dolosa de «Bankinter, SA». Asimismo, condenó a «Bankinter, SA» a restituir a los demandantes la cantidad invertida de 2.234.000 dólares USA, incrementada con los intereses al tipo legal desde el 25 de abril de 2008 hasta la sentencia y desde ésta el prevenido en el art. 576 LEC 1/2000. Del mismo modo, condenó a «Bankinter, SA» a asumir la titularidad del bono en la cuenta de intermediación n° NUM000 de los demandantes así como al pago de las costas.

CUARTO.- I. Hechos probados

A) El matrimonio compuesto por Don Tomás y doña Claudia suscribió en el mes de abril de 2008 con la entidad mercantil «Bankinter SA.», entidad para la que don Tomás trabajó entre los años 1986 y 1993 y en la que llegó a desempeñar la Dirección Territorial para la provincia de Guipúzcoa, en el mes de abril de 2008 suscribieron con «Bankinter, SA» orden de compra de «Bono cupón Euro/Dólar 6%», con fecha de determinación del precio inicial 25 de abril de 2008 y vencimiento al 25 de abril de 2013, por importe de 2.234.000 dólares estadounidenses emitidos por Lehman Brothers Treasury Co. BV, tras haber recibido de Bankinter SA. información sobre la inversión, directamente de los empleados de la entidad «Bankinter, SA» don Moises, don Adriano y don Jose Manuel así como a través de la ficha comercial del producto (documento 33 de los de la demanda, folios 333 y 334 de las actuaciones).

B) En esta ficha comercial, entre otros particulares, se afirmaba respecto del denominado «Bono cupón Euro/Dólar 6%» que:

«... Bono Cupón Euro/Dólar 6% en USD es un producto emitido en dólares USD, referenciado al comportamiento del tipo de cambio Euro/Dólar. Plazo: 5 años y autocancelable anualmente a partir del segundo año. Paga un 6% anual acumulativo, siempre que el tipo de cambio Euro/Dólar se encuentren igual o por debajo del 95% de su Precio Inicial. Es un producto en USD con el 100% del capital garantizado...».

Entre las especificaciones relativas a la «condición de pago de cupón», se señalaba que:

«... * El tipo de cambio Euro/Dólar en la fecha correspondiente sea igual o menor al 95% de su Precio Inicial.

Pago de cupón (año 1) : Si se cumple: el producto abonará un cupón del 6%, pero no se cancelará el producto y seguirá un año más. NO se cumple: el producto no pagará cupón alguno y continuará hasta la siguiente observación. Cancelaciones (años 2 a 4) Si se cumple el producto se cancelará: Abonará el cupón anual acumulativo (6% x número de años), se devolverá todo el capital invertido y se cancelará el producto. NO se cumple: el producto no se cancelará y continuará hasta la siguiente observación.

Amortización a vencimiento (año 5):

* Si el producto no se ha cancelado con anterioridad, se observará si el tipo de cambio Euro/Dólar en la fecha correspondiente es igual o menor al 95% de su Precio Inicial. Si: se abonará el cupón anual acumulativo (6% x 5 años = 30%) y se devolverá el 100% del capital invertido.

NO: no se abonará ningún cupón y se entregará el 100% del importe nominal de inversión.

Entre las «Características» se contemplaban:

«... Emisor: Lehman Brothers Treasury Co. BV (rating A1/A+/AA-)

Emisión: Bonos

Listado: Bolsa de Luxemburgo

Divisa: Dólares USD

Código ISIN: -

Plazo (autocancelable): 5 años

Subyacentes: Tipo de cambio #/\$ fijado por el Banco Central Europeo (BCE) y publicado en la página de Reuters ECB37 y en la página Web del BCE

Cupón: 6% anual acumulativo

Importe Nominal por Título: 2.000 dólares

Importe mínimo de inversión 100.000 dólares

Precio de Compra: 100%

Fechas:

Inicio Periodo Comercialización: 8/04/2008

Fin Periodo Comercialización: 22/04/2008

Retención: 23/04/2008

Emisión y cargo en cuenta: 25/04/2008

Precio Inicial: 25/04/2008

Vencimiento: 30/04/2013

Observación y pago de cupón/Cancelación:

Fijación Ejercicio

27/04/2009 30/04/2009

26/04/2010 29/04/2010

25/04/2011 28/04/2011

25/04/2012 30/04/2012

Precio Final y Vencimiento:

Fijación Ejercicio

25/04/2013 30/04/2013».

Asimismo, se incluía en tipo de letra muy pequeño que:

«... Ambas partes manifiestan que antes de concluir cualquier operación habrán evaluado las implicaciones legales, regulatorias, contables, financieras y fiscales y que disponen de los suficientes conocimientos y experiencia para así hacerlo, bien independientemente o a través de sus asesores. El Banco no podrá ser considerado asesor de la otra parte en ninguna circunstancia. En la evaluación anteriormente mencionada, cada parte tendrá en cuenta su propia situación financiera de negocio y capacidad de evaluación del riesgo, la cumplimentación de sus propias políticas internas y objetivos, en la determinación de la conveniencia para entrar o no en cualquier operación. Si durante toda la vigencia del Periodo de Comercialización y cuando concurren circunstancias sobrevenidas en el Mercado que, ajuicio del Banco, alteren sustancialmente la situación existente cuando se realizó la oferta del Producto, el Banco podrá revocar la oferta respecto del Producto si bien en este caso el Banco ofrecerá a los clientes un Producto alternativo y de características similares al que se ofreció inicialmente.»

C) Entre otros particulares, la orden de compra contemplaba los siguientes extremos: « En virtud de la presente Orden, el Cliente manifiesta su deseo de comprar a través de Bankinter SA, (en adelante 'Bankinter' o el 'Banco') según indicado posteriormente, el BONO **CUPÓN EURO/DÓLAR 6%** (el Producto), emitido por Lehman Brothers Treasury Co. BV, y que tiene las características descritas posteriormente.

El Producto es una alternativa de inversión vinculada al comportamiento de tipo de cambio del auto contra el dólar entre el 25 de abril de 2008 y el 25 de abril de 2013, fecha en que se determinará el importe del reembolso con referencia al comportamiento de este tipo de cambio durante este periodo. Se trata de un bono estructurado con el capital garantizado a vencimiento en dólares. Al emitirse en dólares, la rentabilidad final de la inversión se verá condicionada por la evolución del dólar respecto a su divisa de referencia, entre la fecha de compra y la fecha de venta de la divisa .

El Emisor establece un importe límite de emisión del Producto. Bankinter, S.A. se reserva la facultad de anular la presente orden de compra en caso de que el Emisor no ejecute la orden de Bankinter por haber alcanzado dicho importe límite de emisión.

En caso de que por cualquier razón no se procediese a la emisión del Producto, se entiende que la presente orden quedaría automáticamente anulada.

Asimismo, Bankinter, S.A. se reserva la facultad de anular la presente orden de compra, en caso de que por circunstancias de mercado (por ejemplo, falta de liquidez, supuestos de interrupción del mercado) resulte imposible ejecutar la orden.

En el supuesto en que Bankinter anule una orden, por cualquiera de las razones mencionadas anteriormente, el Banco ofrecerá a los clientes un producto alternativo y de características similares al que se les ofreció inicialmente en función de las circunstancias de mercado.

Emisor Lehman Brothers Treasury Co. BV (rating A1 /A+/AA-)

Divisa Dólares americanos

Código ISIN Pdte

Subyacente Tipo de cambio #/\$ fijado por el Banco Central Europeo (BCE) y publicado en la página de Reuters ECB37 y en la página Web del BCE aproximadamente a las 14:15 hora de Frankfurt.

Importe Nominal de

cada Bono (Valor Nominal) 2.000 dólares

Importe mínimo de inversión 100.000 dólares

Importe Nominal de Inversión 2.234.000 dólares

Precio de Compra 100%

Importe Efectivo de Inversión 2.234.000 dólares

Inicio periodo de suscripción

(para mercado primario) 8/04/2008

Final periodo de suscripción

(para mercado primario) 22/04/2008

Fecha de Determinación del

Precio Inicial 25/04/2008

Fecha de Emisión/Desembolso 25/04/2008

Fecha de Determinación del

Precio Final 25/04/2013

Fecha de Vencimiento 30/04/2013

Fecha de Ejercicio de Cancelación Anticipada y su correspondiente Fecha de Determinación de Precios de Referencia de Cancelación Anticipada

1 27/04/2009

2 26/04/2010 29/04/2010

3 25/04/2011 28/04/2011

4 25/04/2012 30/04/2012

Precio Inicial (Pi): Tipo de cambio #/\$ fijado por el Banco Central Europeo (BCE) y publicado en la página de Reuters ECB37 y en la página Web del BCE en la Fecha de Determinación del Precio Inicial

Precio Final (Pf) Tipo de cambio #/\$ fijado por el Banco Central Europeo (BCE) y publicado en la página de Reuters ECB37 y en la página Web del BCE en la Fecha de Determinación del Precio Final

Precios de Referencia de Cancelación Anticipada (PR) : Tipo de cambio #/\$ fijado por el Banco Central Europeo (BCE) y publicado en la página de Reuters ECB37 y en la página Web del BCE, en cada una de las Fechas de Determinación de Precios de Referencia de Cancelación Anticipada.

Supuesto de Cancelación Anticipada y pago de cupones: Si el Precio de Referencia de Cancelación Anticipada del Subyacente en la primera Fecha de Determinación de Precios de Referencia de Cancelación Anticipada, es igual o inferior al 95% de su Precio Inicial, el Producto NO será amortizado recibiendo el Inversor un cupón del 6% del Importe Nominal de Inversión, el pago se haría efectivo el 30/04/2009. En caso contrario el Producto no pagará cupón alguno en esa Fecha.

Si el Precio de Referencia de Cancelación Anticipada del Subyacente en la segunda Fecha de Determinación de Precios de Referencia de Cancelación Anticipada, es igual o inferior al 95% de su Precio Inicial, el Producto será amortizado anticipadamente en la correspondiente Fecha de Ejercicio de Cancelación Anticipada, recibiendo el Inversor el 112% del Importe Nominal de Inversión. En caso contrario el Producto no se cancelará en esta Fecha de Ejercicio.

Si el Precio de Referencia de Cancelación Anticipada del Subyacente en la tercera Fecha de Determinación de Precios de Referencia de Cancelación Anticipada, es igual o inferior al 95% de su Precio Inicial, el Producto será amortizado anticipadamente en la correspondiente Fecha de Ejercicio de Cancelación Anticipada, recibiendo el Inversor el 118% del Importe Nominal de Inversión. En caso contrario el Producto no se cancelará en esta Fecha de Ejercicio.

Si el Precio de Referencia de Cancelación del Subyacente en la cuarta Fecha de Determinación de Precios de Referencia de Cancelación Anticipada, es igual o inferior al 95% de su Precio Inicial, el Producto será amortizado anticipadamente en la correspondiente Fecha de Ejercicio de Cancelación Anticipada, recibiendo el Inversor el 124% del Importe Nominal de Inversión. En caso contrario el Producto no se cancelará en esta Fecha de Ejercicio.

Amortización a Vencimiento: Si el Precio Final en la Fecha de Vencimiento del Subyacente es igual o inferior al 95% de su Precio Inicial, y siempre que no se haya dado el Supuesto de Cancelación Anticipada, el Producto será amortizado en la Fecha de Vencimiento, recibiendo el Inversor el 130% del Importe Nominal de Inversión.

En caso de que no se haya producido el Supuesto de Cancelación Anticipada y cuando el Precio Final de Subyacente sea superior al 95% de su Precio Inicial el Producto será amortizado en la Fecha de Vencimiento, recibiendo el inversor el 100% del Importe Nominal de Inversión.

Agente de Cálculo: Lehman Brothers International (Europe)

Convención Día Hábil: En el caso de que alguna de las Fechas de Determinación de Precios de Referencia de Cancelación Anticipada o la Fecha de Determinación del Precio Final se declarara como día inhábil, se tomará el Precio Oficial de Cierre del primer día hábil inmediatamente posterior; y para la Fecha de Ejercicio Cancelación Anticipada o la Fecha de Vencimiento se tomará el primer día hábil inmediatamente posterior.

Listado de los Valores: El Producto se listará en la Bolsa de Luxemburgo a partir de la Fecha de Emisión

Cláusula de mercado secundario: Siempre que se den condiciones de mercado razonables y no haya ocurrido un Evento de Interrupción de Mercado que afecte a esta transacción, el Agente de Cálculo cotizará durante horas laborables en cualquier día considerado hábil, un precio de compra y un precio de venta para un mínimo de 50.000 dólares, ambos expresados en porcentaje del Valor Nominal, a los cuales el Agente de Cálculo está dispuesto a comprar (de vuelta) o vender el Producto adquirido.

Evento de Interrupción de Mercado: Cuando en cualquier día en que se encuentre abierto el mercado de divisas donde se negocie o coteje el Subyacente de que se trate no se puedan obtener cotizaciones de cualquiera de las dos divisas que componen el Subyacente.

Análisis de escenarios:

Suponiendo unos precios iniciales para el Subyacente y que el inversor realiza una inversión de 50.000 dólares, pasamos a reflejar los siguientes casos que se pueden dar, de acuerdo a lo anteriormente expuesto:

A) suponiendo que en la primera fecha de determinación de precios de referencia de cancelación anticipada el precio de referencia para el subyacente fuera igual o inferior al 95 por ciento del precio inicial el inversor recibiría un cupón del 6 % (56.000 \$) del importe nominal de inversión. En caso contrario el Inversor no recibirá ningún cupón en esa fecha.

B) Suponiendo que en la segunda Fecha de Determinación de Precios de Referencia de Cancelación Anticipada, el Precio de Referencia de Cancelación Anticipada para el Subyacente fuera igual o inferior al 95%

del Precio Inicial del Subyacente, el Inversor recibiría en la correspondiente Fecha de Ejercicio de Cancelación Anticipada el 112% (56.000 \$) del Importe Nominal de Inversión y se cancelaría el Producto.

C) Suponiendo que no se hubiera producido el anterior Supuesto de Cancelación Anticipada, y en la tercera Fecha de Determinación de Precios de Referencia de Cancelación Anticipada, el Precio de Referencia de Cancelación Anticipada para el Subyacente fuera igual o inferior al 95% del Precio Inicial del Subyacente, el Inversor recibiría en la correspondiente Fecha de Ejercicio de Cancelación Anticipada el 118% (59.000 \$) del Importe Nominal de Inversión y se cancelaría el Producto.

D) Suponiendo que no se hubiera producido el anterior Supuesto de Cancelación Anticipada, y en la cuarta Fecha de Determinación de Precios de Referencia de Cancelación Anticipada, el Precio de Referencia de Cancelación Anticipada para el Subyacente fuera igual o inferior al 95% del Precio Inicial del Subyacente, el Inversor recibiría en la correspondiente Fecha de Ejercicio de Cancelación Anticipada el 124% (62.000 \$) del Importe Nominal de Inversión y se cancelaría el Producto.

E) Si no se hubiera producido ningún Supuesto de Cancelación Anticipada y en la Fecha de Determinación del Precio Final, el Precio de Referencia de Cancelación Anticipada para el Subyacente fuera igual o inferior al 95% del Precio Inicial del Subyacente, el Inversor recibiría el 130% (65.000 \$) del Importe Nominal de Inversión.

F) Suponiendo que no se hubiera producido ningún Supuesto de Cancelación Anticipada, y en la Fecha de Determinación del Precio Final, el Precio Final del Subyacente fuera superior al 195% de su Precio Inicial (por ejemplo el 105%), el Producto sería amortizado en la Fecha de Vencimiento, recibiendo el Cliente el 100% del Importe Nominal de Inversión [**sic**]...»

C) En la última página de la orden de compra se contenía el siguiente:

«AVISO IMPORTANTE SOBRE EL RIESGO DE LA OPERACIÓN

EL CLIENTE MANIFIESTA QUE ES CONSCIENTE DE QUE EN CIERTAS CIRCUNSTANCIAS EL PRESENTE PRODUCTO NO GENERA BENEFICIOS SIEMPRE DEPENDIENDO DE LA FILIACIÓN DEL VALOR INICIAL Y FINAL DEL SUBYACENTE.

LA INVERSIÓN POR PARTE DEL CLIENTE EN EL PRESENTE PRODUCTO DENOMINADO EN UNA DIVISA DISTINTA AL EURO CONLLEVA UN RIESGO DIVISA, EL CLIENTE MANIFIESTA QUE ES CONSCIENTE DE QUE ESTÁ ASUMIENDO TAL RIESGO DIVISA QUE PUEDE VARIAR AL ALZA O A LA BAJA LA RENTABILIDAD FINAL DE LA INVERSIÓN, SIENDO POSIBLE PERDER (PARTE DE) EL BENEFICIO GANADO O SUFRIR UNA PÉRDIDA (MAYOR) A CAUSA DEL CAMBIO DESFAVORABLE DE LA DIVISA.

El Cliente reconoce que ha sido asesorado sobre el riesgo del producto y sobre si la inversión en este producto es adecuada para su perfil de inversión. Asimismo el Cliente declara que ha leído las condiciones del contrato y entiende los términos y riesgos del producto».

«Bankinter percibirá del emisor una comisión de distribución, cuya cantidad dependerá del importe total de inversión suscrito por los clientes del Banco. El máximo que podrá alcanzar esta comisión anualizada, siempre y cuando el Producto llegue a su Fecha de Vencimiento según las condiciones descritas en la presente Orden de Compra, será de un 0,60%. A solicitud del Cliente, Bankinter le informará del porcentaje exacto de esta comisión, una vez que el mismo sea conocido».

D) Asimismo, la orden de compra incluía con precedencia a la firma de los contratantes un recuadro con el siguiente cuestionario: «CONOCIMIENTO Y EXPERIENCIA.

El cliente declara conocer las características del producto y entender el riesgo que asume con su contratación. [SÍ] [NO] Se encuentra marcada la casilla [SI]

El cliente declara tener experiencias previas en la contratación de productos de esta naturaleza [SÍ] [NO]. Se encuentra igualmente marcada la casilla [SI]

La falta de contestación a estas preguntas impide que Bankinter valore si el producto es adecuado para el cliente. Igualmente el desconocimiento del producto puede hacer no adecuada su contratación».

E) En fecha 15 de septiembre de 2008 Lehman Brothers Holding Inc (firma matriz de Lehman Brothers) presentó ante los tribunales de Estados Unidos de América una solicitud de concurso, conforme a la legislación nacional, procediendo la mayoría de sus filiales a hacer lo mismo en sus respectivos países de residencia.

Así, la entidad «Lehman Brothers Treasury Co. BV», a la sazón emisora de los bonos controvertidos en la litis, presentó solicitud de concurso ante los tribunales de Amsterdam en fecha 19 de septiembre de 2008.

F) Mediante correo electrónico, «Bankinter, SA» solicitó al codemandante que comunicase a la entidad si deseaba que fuera ésta su interlocutor ante el administrador concursal del Tribunal del Distrito de Ámsterdam y se puso a disposición del inversor para cualquier información sobre el tema, ofreciéndose para realizar el trámite de comunicar todos los datos del crédito de doña Angelina contra la entidad emisora al administrador del concurso (documento 50 de la demanda, folios 504 y ss). Se incluyó en el mensaje que «Bankinter tiene intención de ponerse en contacto directamente en los próximos días con el administrador para tener información directa de los siguientes pasos que en su caso es necesario dar, de cómo se va a desenvolver el procedimiento y su relación con el proceso que se sigue en Nueva York respecto a Lehman, la matriz, que, como sabe, es garante de su bono...».

QUINTO.- II. Las facultades del órgano jurisdiccional « ad quem » en relación con la apreciación de la prueba

En nuestro sistema procesal la segunda instancia se configura, con algunas salvedades (atinentes a la aportación de material probatorio y de nuevos hechos, no como « *novum iudicium* » sino como una « *revisio prioris instantiae* », en la que el Tribunal Superior u órgano " *ad quem* " tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (" *quaestio facti* ") como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (" *quaestio iuris* "), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que sean de aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la " *reformatio in peius* ", y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación (" *tantum devolutum quantum appellatum* ") (SSTC, Sala Segunda, 3/1996, de 15 de enero (Supl. al «BOE» núm. 17, de 19 de enero); núm. 212/2000, de 18 de septiembre (Supl. al «BOE» núm. 251, de 19 de octubre); núm. 101/2002, de 6 de mayo (Supl. al «BOE» núm. 134, de 5 de junio), y núm. 250/2004, de 20 de diciembre (Supl. al «BOE» núm. 18, de 21 de enero de 2005 . Y de la Sala Primera, 9/1998, de 13 de enero (Supl. al «BOE» núm. 37, de 12 de febrero); 120/2002 , de 20 de mayo (Supl. al «BOE» núm. 146, de 19 de junio); 139/2002, de 3 de junio (Supl. al «BOE» núm. 152, de 26 de junio) y ATC, Sala Primera, núm. 132/1999, de 13 de mayo (EDJ 1999/11286).

SEXTO.- Ello no obstante, es ciertamente reiterada la doctrina legal de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo según la cual la valoración probatoria efectuada por los órganos judiciales de instancia al configurar el « *factum* » de sus resoluciones es inatacable, salvo en ocasiones excepcionales de interpretaciones totalmente absurdas, erróneas o intemperantes (*ex pluribus* , SSTS, Sala Primera, de 14 de febrero , 7 de marzo y 20 y 24 de abril de 1989 , 1 de julio de 1996 y 15 de abril de 2003), constituye una afirmación que no se puede desligar de la perspectiva del órgano que la realiza, y del carácter extraordinario del recurso de casación en el seno del cual se efectúa, en el entendimiento de que nunca podrá adquirir la naturaleza de una tercera instancia -por citar sólo las más recientes, vide SSTS, Sala de lo Civil, de 28 de enero de 2003 (CD , 03C127); 15 de abril de 2003 (CD , 03C433); y 12 de mayo de 2003 (CD , 03C438)-. Pero ello no significa, pese a lo extendido del errado criterio contrario, que las Audiencias carezcan de esa función revisora respecto de la valoración y apreciación probatoria efectuada por los Juzgados de Primera Instancia con ocasión de los recursos de apelación de los que conozcan, pues, ex deffinitione, y como el propio Tribunal Supremo tiene declarado, la apelación es un recurso ordinario que somete al Tribunal que de ella entiende el total conocimiento del litigio, dentro de los límites del objeto o contenido en que se haya formulado el recurso, en términos tales que faculta a aquél para valorar los elementos probatorios y apreciar las cuestiones debatidas según su propio criterio dentro de los límites de la obligada congruencia [SSTS, Sala de lo Civil, de 23 de marzo de 1963 ; 11 de julio de 1990 (CD , 90C835); 19 de noviembre de 1991 (CD , 91C1132); 13 de mayo de 1992 (CD , 92C522); 21 de abril de 1993 (CD , 93C301); 31 de marzo de 1998 (CD , 98C545); 28 de julio de 1998 (CD , 98C1176); y 11 de marzo de 2000 (CD , 00C347 -; entre otras).

Expresión cabal de la orientación que esta Sección mantiene la hallamos en la STS, Sala de lo Civil, de 5 de mayo de 1997 (CD , 97C928), en la que puede leerse:

«... TERCERO.- El motivo segundo de casación se basa igualmente en el n.º 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por "infracción de doctrina jurisprudencial", sin dar más explicación que la extraña afirmación de que el recurso de apelación "viene vinculado por el criterio del juzgador de instancia en cuanto no resulte ilógico o exista error de hecho". Lo cual es exactamente lo contrario. El recurso de apelación da lugar a la segunda instancia (la casación, por el contrario, no es una tercera instancia), como fase procesal que permite un nuevo examen completo de la cuestión litigiosa y una revisión de la sentencia dictada; la

apelación se extiende a todo el objeto de la primera instancia. Tal como dice la sentencia de esta Sala de 7 de junio de 1996, el recurso de apelación supone una total revisión de lo actuado en la instancia, por lo que procede entrar a resolver todas las cuestiones litigiosas (fundamento 3.º). Lo cual lo dijo también el Tribunal Constitucional, en relación con la legalidad hoy derogada en sentencia 3/1996, de 15 de enero: en nuestro sistema procesal, la segunda instancia se configura, con algunas salvedades, en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos (arts. 862 y 863 de la LEC 1881) como una «revisio prioris instantiae», en la que el Tribunal Superior u órgano ad quem tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (quaestio facti) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (quaestio iuris) para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso (fundamento 2.º, primer párrafo). Asimismo, la sentencia de esta Sala de 24 de enero de 1997 dijo: La apelación ha abierto la segunda instancia, creando la competencia funcional de la Audiencia Provincial y, por ello, su resolución sustituye a la dictada en primera instancia. La apelación implica un nuevo examen sobre la cuestión litigiosa sobre la que ha recaído ya sentencia. La sentencia dictada en apelación debe ser congruente con las peticiones de las partes, por razón del principio dispositivo que rige el proceso civil. El motivo, pues, debe ser desestimado».

SÉPTIMO.- III. Los documentos privados

Se impone recordar que, en relación con la prueba producida mediante documentos privados, una lectura superficial del art. 1.225 C.C. -no derogado por la LEC 1/2000- propiciaría una valoración de la eficacia probatoria del documento privado tan terminante como simplista: reconocido por la persona a quien perjudica, tendría el mismo valor que el art. 1.218 atribuye al documento público; faltaría de tal reconocimiento, carecería de todo efecto probatorio.

La respuesta, sin embargo, no es tan elemental: lo primero, no sólo porque el art. 1.218 está sometido a una interpretación jurisprudencial muy restrictiva, casi derogatoria, sino también porque la remisión a él del art. 1.225 ha de ponerse en relación con las limitaciones para terceros del art. 1.227; lo segundo, porque no es cierto que la falta de reconocimiento prive de todo valor al documento privado. Se impone, por ello, como se ha hecho para las cuestiones ya examinadas, más que teorizar, intentar una ordenada y resumida exposición de la doctrina jurisprudencial sobre el particular.

OCTAVO.- A) Tratándose de un documento privado reconocido, la autenticidad del documento, esto es, la correspondencia entre su autor real y su autor figurado o aparente, es presupuesto que condiciona la eficacia del mismo: si se desconoce su autoría, no es posible referir a sujeto alguno el dato o datos que el documento contiene.

Las desventajas en este particular del documento privado frente al público son bien conocidas: éste es auténtico "per se", por cuanto que la presencia de fedatario público en su otorgamiento garantiza la verdad de su procedencia subjetiva; faltaría aquél de tal mediación, carece de esa virtualidad por sí mismo, adquiriéndola tan sólo cuando es reconocido por el sujeto a quien se atribuye o a sus causahabientes: la sentencia de 25 de marzo de 1988 (A.C. /564-1988) marca muy bien esta "fundamental diferencia".

El reconocimiento puede ser espontáneo o provocado: el primero se produce cuando la parte a quien perjudica lo anticipa en sus escritos alegatorios: art. 604 LEC; el segundo es provocado por la parte contraria en defecto del anterior. Entre una y otra modalidad existen diferencias no sólo de tiempo y forma, sino también de efecto: la admisión, a más de espontánea, ha de ser expresa, sin que el silencio en los actos de alegación deba valorarse como "ficta confessio"; en cambio, la "resistencia sin justa causa" de otorgante o causahabientes frente al requerimiento de reconocimiento -en los términos diferenciados para uno y otros de los párrafos 1º y 2º del art. 1.226- puede ser estimada "como una confesión de la autenticidad del documento". En el supuesto excepcional de aportación fuera del tiempo ordinario, al amparo del art. 506, dispone el art. 508 un traslado específico que posibilita la impugnación de la admisibilidad y legitimidad - autenticidad- del documento en términos que el silencio se valora como conformidad.

Entre las partes, el documento privado admitido o reconocido adquiere la condición de auténtico y queda equiparado al documento público en expresión del art. 1.225 C.C. En la jurisprudencia son frecuentes los pronunciamientos en que se confirma expresamente tal equiparación: por ejemplo en sentencias de 7 de abril de 1986 (A.C./626-1986), 23 de junio de 1987 (A.C./790-1987), 8 de julio de 1988 (A.C./15-1989) y 17 de febrero de 1992 (A.C. /615-1992). Esta última define en estos términos el alcance del reconocimiento de firma: «... lo es de un hecho pretérito y acredita no sólo la intervención y admisión de lo que el documento refiere, sino que también es la prueba endógena de lo que contiene, porque, al integrarse en el documento, lo autentifica en cuanto lo finaliza, cierra y ratifica en lo que expresa».

La equiparación supone, ante todo, que la doctrina jurisprudencial sobre la eficacia probatoria del documento público es trasladable al documento privado, con la importante, casi definitiva, devaluación que comporta respecto de su valor de prueba legal.

Como se recordará, a tenor del art. 1.218 C.C., hace prueba aquél frente a todos del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste; frente a otorgantes y causahabientes, de las declaraciones hechas por los primeros: lo primero constituye un claro efecto de prueba tasada, sustraído a la apreciación judicial, que sólo desvirtúa la declaración de falsedad en sentencia firme, preferentemente penal; lo segundo expresa un efecto, no tanto probatorio, cuanto sustantivo: el correspondiente al negocio jurídico que las declaraciones acreditadas por el documento pueden entrañar; puesto que éste hace prueba de que las mismas han sido vertidas por unos sujetos, en unas circunstancias y con un contenido determinados, si son de naturaleza negocial, esto es, consisten en declaraciones de voluntad, el precepto les reconoce -con valor presuntivo "iuris tantum"- los efectos correspondientes, desvirtuables únicamente mediante prueba de ser simulados o más genéricamente, de carecer de alguno de los elementos esenciales, subjetivos, objetivos y causales, que condicionan su validez y eficacia. Si consisten en declaraciones de conocimiento, con un contenido meramente confesorio o testimonial, al efecto probatorio de haber sido vertidas no se suma el segundo sustantivo, visto en el caso anterior, pues obviamente el documento no acredita la verdad de los hechos narrados, que aprecia libremente el juez en función de ésta y otras posibles pruebas.

Finalmente, no se refiere el precepto, ni por tanto están comprometidas en el ámbito de la privilegiada eficacia del documento público, las calificaciones o valoraciones que fedatario u otorgantes hayan podido consignar en él, sin perjuicio del valor que el juez pueda discrecionalmente otorgarlas en función de su fundamento y circunstancias.

Pero tan fundado y diáfano régimen legal ha sufrido por parte de la jurisprudencia la importante devaluación que comporta el expediente de la apreciación conjunta de la prueba, que es contrario no sólo a ley y continua siéndolo a pesar de las reformas casacionales que ha propiciado, sino también al derecho fundamental de defensa: según aquélla, la eficacia frente a otorgantes y causahabientes de las declaraciones negociales acreditadas por el documento puede destruirse, no ya mediante impugnación y prueba desvirtuadoras directas, según corresponde frente a toda presunción "iuris tantum", sino a través de la inexpressiva y descomprometida apelación al conjunto de las pruebas practicadas, que prescinde del enjuiciamiento singularizado y contrastando de éstas y, a la postre, del mismo juicio de hecho.

El traslado de este régimen probatorio devaluado es patente, entre otras, en sentencias de 6 de julio de 1989 (A.C./1.039-1989) y 8 de julio de 1988 (A.C./15-1989): así, según ésta, reconocido el documento privado, su veracidad ha de resultar del contraste con otras pruebas; y de su "conjugación con la resultancia general de la prueba", según la sentencia de 1 de marzo de 1983 (T. 1.414). A su vez, la falta de cobertura por el documento privado de apreciaciones o calificaciones subjetivas contenidas en él se consigna, entre otras, en sentencia de 2 de junio de 1987 (A.C./796-1987).

La equiparación "inter partes" documento público-documento privado reconocido sitúa a uno y otro en pie de igualdad probatoria, sin prevalencias apriorísticas del primero sobre el segundo, de modo que la jurisprudencia salva las posibles contradicciones entre ellos en función de la particularidad de cada caso: así la sentencia de 25 de marzo 1988 (A.C./564-1988) atiende a la cuantía del precio y forma de pago en compraventa figurados en documento privado reconocido frente a lo consignado en escritura pública; la sentencia de 14 de junio de 1989 (A.C./948-1989) considera que el documento privado completa en el caso la escritura pública otorgada en la misma fecha y fija los exactos términos del vínculo obligatorio entre las partes; la sentencia de 3 de julio de 1992 (1.207- 1992/A.C.) prima a documento privado sobre otro público; la sentencia de 31 de diciembre de 1992 (A.C./501-1993) rechaza la preminencia de borrador sin firma sobre documento público.

Frente a terceros, el evidente riesgo de fraude de que éstos pueden ser objeto justifican que no se extienda al documento privado reconocido el efecto de probar frente a tercero el hecho que motiva su otorgamiento y la fecha de éste, que los públicos sí producen: únicamente esta última se tendrá por cierta a partir de uno u otro de los eventos que previene el art. 1.227; son ellos, pues, los que aportan una certidumbre cronológica, de datación, que el documento por sí solo no tiene. Pero, fijada la fecha de acuerdo con el precepto, la veracidad del contenido del documento frente a terceros queda sometida a la libre apreciación del juzgador de instancia: sentencia de 3 de marzo de 1990 (A.C./518-1990). Todo ello significa en definitiva que frente a terceros el documento privado por sí solo carece de valor de prueba legal: sentencia de 26 de septiembre de 1991 (A.C./72-1992).

Con frecuencia, los pronunciamientos de la Sala primera se atienen a la literalidad del precepto, datando el documento en la fecha, por ejemplo, de su presentación a Hacienda para liquidación fiscal, o en cualquier otro registro oficial: así en sentencias de 30 de septiembre de 1985 (A.C./72-1986), 26 de octubre de 1985 (A.C./53-1986), 8 de mayo de 1986 (A.C. / A.C./725-1986), 30 de noviembre de 1987 (A.C./187-1988), 13 de diciembre de 1989 (A.C./328-1990), 26 de septiembre de 1991 (A.C. /72-1992), etc.

Pero tampoco escasean las que se apartan del riguroso condicionamiento del precepto permitiendo que la datación del documento se obtenga de otras posibles fuentes de conocimiento: tales, la sentencia de 25 de enero de 1988 (A.C./312-1988) que, invocando la de 6 de julio de 1982, se atiene, no a la fecha en que había muerto uno de los firmantes del documento, sino a la figurada en éste "corroborada por otros elementos probatorios"; y en parecidos términos se manifiestan las de 9 de julio de 1988 (A.C./898-1986), 6 de marzo de 1990 (A.C./ 550-1990), 18 de noviembre de 1991 (A.C./297-1992) y 12 de marzo de 1992 (A.C./851-1992); también la sentencia de 30 de mayo de 1989 (A.C. /897-1989) admite otros medios para datar un documento privado, en el caso, no reconocido. Incluso la sentencia de 20 de octubre de 1989 (A.C. /160-1990) parece atribuir al art. 1.227 alcance de mera subsidiariedad, al afirmar que opera sólo si no hay otros medios para acreditar la fecha.

NOVENO.- B) Si el documento no ha sido reconocido el documento privado no adquiere -conforme al diseño legal- la condición de autenticidad y no produce efecto de prueba tasada ni frente a las partes o sus causahabientes ni frente a terceros, pues los mecanismos supletorios de adveración (cotejo de letras u otros idóneos) es claro que conduce a resultados de apreciación por el juez conforme a las reglas de la sana crítica, según corresponde a toda prueba pericial.

Sin embargo, es criterio jurisprudencial unánime que la falta de reconocimiento no le priva de todo valor, pues, de otro modo, según argumento que reitera constantemente la Sala, quedaría en manos de las partes y al servicio de sus privativos intereses la eficacia de tal prueba: la jurisprudencia, superando en este punto las previsiones legales reducidas al cotejo pericial de firmas mencionado, permite que la autenticidad del documento privado quede acreditada por otros medios e incluso que sea obtenida por el juzgador en valoración conjunta del mismo con las restantes pruebas practicadas.

Afirmaciones de que el documento privado produce efecto a pesar de no ser reconocido, o de que el art. 1.225 no impide su relevancia aun no adverado, se encuentran en muy numerosas sentencias: 29 de mayo de 1987 (A.C./709-1987), 1 de febrero de 1989 (A.C./456-1989), 16 de noviembre de 1992 (A.C. /319- 1993), etc. La sentencia de 11 de mayo de 1987 (853-1987) precisa que ha de atenderse a su específico grado de credibilidad; e incluso la sentencia de 29 de octubre de 1992 (A.C. /204- 1993) exige que sea valorado el no reconocido.

Son correlativamente frecuentes las sentencias que permiten medios distintos del reconocimiento para acreditar la autenticidad del documento privado: sentencias de 12 de julio de 1988 (A.C./903-1988), 30 de noviembre de 1989 (A.C./408- 1989), 1 de febrero de 1989 (A.C./ 466-1989), 25 de febrero de 1991 (A.C./441-1991), 6 de febrero de 1992 (A.C. /595-1992), llegando a afirmar la sentencia de 5 de junio de 1985 (A.C. /768-1986) que opera la falta de reconocimiento cuando debe ser el único medio de autenticación posible en el caso; y la sentencia de 23 de febrero de 1991 (A.C. /441-1991) permite que: «..negada la autenticidad de un documento puede la parte a quien interese utilizar cuantos medios de prueba estime adecuados para demostrarla».

Tampoco escasean las sentencias en que la autenticidad es resultado de la apreciación conjunta de la prueba practicada: así en sentencias de 2 de octubre de 1985 (A.C./75-1985), 5 de junio de 1986 (A.C./768-1986), 30 de diciembre de 1988 (A.C./408-1989), 21 de septiembre de 1991 (A.C. /122-1992). Justamente, la ausencia de otros elementos probatorios determina la denegación de efecto de prueba para documento no reconocido en sentencias de 17 de febrero de 1992 (A.C./615- 1992), 5 de abril de 1987 (A.C./566-1987) y 29 de octubre de 1991 (A.C. /337-1992). En algún caso, como el de las sentencias de 4 de marzo de 1987 (A.C./482-1987) y 24 de septiembre de 1990 (A.C. /61-1990); el apoyo en que se funda la atribución de eficacia probatoria es tan tenue que se reduce a la falta de impugnación del documento por la parte a quien se atribuye, poniendo de cargo a ésta una iniciativa impugnatoria que contradice abiertamente el diseño legal, en que se reduce su actuación a contestar en sentido afirmativo o negativo al requerimiento de reconocimiento.

En efecto, es incontrovertible y reiterada doctrina jurisprudencial la que estatuye que si, como regla, para la existencia de un documento privado se requiere que lleve la firma del que en el mismo contraiga o reconozca alguna obligación [Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1949], la falta de reconocimiento del

documento no puede provocar su ineficacia a efectos del artículo 1.226 del Código Civil siempre y cuando haya sido adverbado por cualquiera de los otros medios de prueba [Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1968]; máxime si no se acredita, como acaece en el caso enjuiciado, su inexactitud por cuanto quien alega que el contenido de un documento no es el exacto debe probarlo, por enervar la presunción «iuris tantum» reseñada [Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1990]. A su vez, respecto a la eficacia o valor probatorio de los documentos privados, la jurisprudencia viene interpretando el artículo 1.225 del Código Civil , en el sentido de que, si bien no impone el reconocimiento de la autenticidad de un documento privado por aquellos a quienes afecta como el único medio de acreditar su legalidad, lo que equivaldría a dejar al exclusivo arbitrio de la parte a quien perjudique la validez y eficacia del documento por ella suscrito, pudiendo, en definitiva, darse la debida relevancia probatoria a un documento privado siempre que en el proceso existan otros elementos de juicio susceptibles de ser valorados junto con aquél, conjugando así su contenido con el resto de la prueba [Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1981 , 16 de julio de 1982 , 23 de mayo de 1985 , 12 de junio de 1986 , 30 de diciembre de 1988 , 1 de febrero de 1989 , 18 de diciembre de 1990 y 6 de febrero de 1992 , entre otras].

DÉCIMO.- C) En el régimen de la LEC 1/2000, la fuerza probatoria de los documentos privados será la misma del documento público, si no hay impugnación (art. 326,1). Si media impugnación, el que lo presentó podrá pedir cotejo de letras, o proponer cualquier otro medio útil y pertinente al efecto. Naturalmente, si de la prueba resulta la autenticidad, hará prueba plena. Y si el resultado del cotejo es la autenticidad, las costas, gastos y derechos que origine el cotejo serán de cargo del impugnante. En cambio, si la impugnación hubiere sido temeraria, el tribunal tiene facultades para imponerle una multa. Cuando no resulte posible concluir la autenticidad, o no se hubiere propuesto prueba alguna, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica (libre valoración).

Es decir, también puede continuar la constante doctrina jurisprudencial a propósito de que no es que el documento privado no reconocido legalmente carezca en absoluto de valor probatorio, ya que ello supondría tanto como dejar al arbitrio de una parte la eficacia probatoria del documento (SS. de 27 de enero de 1987 y 25 de marzo de 1988). Así, pues, podrá valorarse mediante su apreciación con otros elementos de juicio (S. 12 de junio de 1986), pues en definitiva, los documentos privados, aún impugnados, poseen un valor probatorio deducido de las circunstancias del debate (SS. 22 de octubre de 1992 y 10 de febrero de 1995).

DÉCIMO PRIMERO.- Las partes no pueden, en rigor, pretender que se atribuya preferencia a un concreto medio probatorio para obtener conclusiones conformes con las propias alegaciones y contrarias a las objetivas y desinteresadas del órgano jurisdiccional (Vide SSTs de 17 de diciembre de 1994 [RC núm. 1618/1992]; de 16 de mayo de 1995 [RC núm. 696/1992]; de 31 de mayo de 1994 [RC núm. 2840/1991]; de 22 de julio de 2003 [RC núm. 32845/1997]; y de 25 de noviembre de 2005 [RC núm. 1560/1999], entre otras). El hecho de que no se tomen en consideración determinados elementos de prueba relevantes a juicio de la parte actora carece de trascendencia y no significa que no hayan sido debidamente valorados por la sentencia impugnada, sin que las exigencias de motivación obliguen a expresar este juicio (STS de 8 de julio de 2009 , RC n.º 13 / 2004) a no ser que se ponga de manifiesto la arbitrariedad o error manifiesto.

A su vez, la valoración de los documentos privados debe tener lugar en relación con el conjunto de los restantes medios de prueba (STS 30 de junio de 2009 [RC núm. 1889/2006]). Una cosa es el valor probatorio de los documentos privados en cuanto a la autenticidad, fecha o personas que intervinieron, y otra distinta la interpretación efectuada por la sentencia recurrida acerca del contenido de los documentos, puesto que la expresión «prueba plena» del artículo 326.1 LEC no significa que el tribunal no deba valorar el contenido de los mismos de acuerdo con las reglas de la sana crítica y en el conjunto de las pruebas aportadas (SSTs de 15 de junio de 2009 [RC núm. 2317/2004]) y 14 de Junio del 2010 (RC núm. 1101/2006], entre otras)..

DÉCIMO SEGUNDO.- III. La valoración de la prueba pericial

La valoración de las pruebas constituye un complejo proceso lógico o intelectual en el que acostumbran a diferenciarse conceptualmente, simplificando en extremo, principalmente dos operaciones diferentes: una primera, denominada de apreciación o interpretación; y una segunda, de valoración en sentido estricto.

En el primer estadio -de apreciación- pueden diferenciarse, a su vez, dos momentos: a) En el primero, el juzgador ha de analizar separadamente todas y cada una de las pruebas aportadas o desenvueltas para establecer con la mayor fidelidad y exactitud cuáles sean los precisos elementos que proporcionan separadamente cada fuente de prueba, y desvelar cuáles sean las afirmaciones que cabe extraer como consecuencia de ese examen en función de su índole: lo declarado por las partes o por los testigos en los

correspondientes interrogatorios; el contenido de los documentos u otros soportes aportados al proceso; lo percibido en el reconocimiento; y la información proporcionada por los peritos.

Respecto de estos últimos la interpretación consiste en el examen del dictamen emitido junto, en su caso, con los documentos, materiales o instrumentos complementarios que aquél haya decidido adjuntar y, eventualmente, con las observaciones, aclaraciones o explicaciones complementarias ofrecidas en el acto de la aclaración (art. 628 LEC de 1881). Se agota en una mera labor de constatación y análisis del significado real de los datos, conclusiones y juicios de valor consignados en aquél y en el acto de documentación de la intervención oral de los peritos, en orden a precisar el exacto contenido y alcance de las palabras y expresiones empleadas.

Este cometido ha de realizarse siempre con cualesquiera medios de prueba, pero es particularmente necesario en el caso de la pericial. Se trata de una labor intrincada que excede del simple examen semántico, en cuanto requiere constatar los extremos sobre los cuales se ha pronunciado el perito y su correspondencia con las afirmaciones de hechos oportuna y tempestivamente introducidas por las partes y de la necesidad, para su correcta elucidación, de conocimientos especializados ajenos a la ciencia jurídica.

b) En un segundo momento, debe calificar, asimismo de modo individualizado y en atención a las características particulares de cada medio y a las eventuales incidencias acaecidas durante su práctica - tachaduras, raspaduras o enmiendas en los documentos; existencia o no de firmas, sellos u otros medios de autenticación; contundencia, vacilaciones o contradicciones en las partes y los testigos al deponer o introducción de hipótesis o conjeturas; recusación de peritos; tacha de peritos o de testigos; aclaraciones o rectificaciones del dictamen, etc.-, la idoneidad objetiva y en abstracto de los resultados que arrojen para asentar sobre aquéllos su convicción.

DÉCIMO TERCERO.- Establecido lo que en substancia expresa cada medio de prueba -o cabe inferir razonablemente de él-, el juzgador debe constatar cuál sea, de acuerdo con las prescripciones del ordenamiento, su concreta eficacia y trascendencia.

A este respecto debe recordarse que la Ley no dispensa a todos los medios de prueba de idénticos vigor y eficiencia; antes bien, asigna a unos un valor reglado o tasado --como acontece con ciertos aspectos de los documentos; o de lo respondido por las partes en confesión--, abstracción hecha de cuál pueda ser el grado de persuasión subjetiva del juzgador; en tanto que, para otros --entre los que se encuentra la prueba pericial-- confía al órgano jurisdiccional la formación discrecional -- que no arbitraria-- de su convencimiento.

No obstante, y como quiera que en la práctica difícilmente se propone y efectúa una única prueba por cada uno de los hechos litigiosos, sea porque respecto de ellos recae la actividad de más de un litigante (de la misma parte o de partes contrapuestas), sea porque sobre los mismos o distintos aspectos de un hecho o conjunto de hechos concurren diferentes medios, es preciso relacionar y poner en combinación el resultado de todos los medios practicados; o dicho en otros términos: es necesario proceder, de verdad, a una apreciación conjunta de la prueba, que en rigor es algo distinto de su mera afirmación formal en las sentencias como tropo o fórmula estereotipada como método para eludir una auténtica valoración o para ofrecer como aparentemente motivada una decisión decretal, apriorística, o producto de simples prejuicios.

En este sentido parece conveniente reparar en que no siempre los distintos medios de prueba practicados arrojan un resultado coincidente o complementario, sino que es harto sólito que existan contradicciones en uno mismo y antítesis entre diversos medios, a pesar de las cuales, o precisamente en virtud de ellas, puede lograrse la fijación del factum sobre el que ha de aplicarse el Derecho. Desde esta perspectiva, es claro que la concreción de la quæstio facti en la sentencia no puede por menos que provenir de la combinación de los distintos medios de prueba, sin perjuicio de que en ella deba también justificarse cumplidamente el por qué de las conclusiones obtenidas y de la preferencia o postergación de los resultados de un medio respecto de otro u otros.

Así, el deber de motivar las resoluciones judiciales enunciado con carácter general en el art. 120, apdo. 3 C.E . se complementa en la LOPJ, art. 248, apdo. 3 .

DÉCIMO CUARTO.- El art. 632 LEC de 1881 , a este respecto previene que «Los Jueces y Tribunales apreciarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica sin estar obligados a sujetarse al dictamen de los peritos».

Este mandato supone no que la Ley rehuya en absoluto indicar a los juzgadores cómo deben apreciar y valorar los dictámenes periciales, sino sola y exclusivamente que, de un lado, renuncia a atribuir a éstos en abstracto una determinada eficiencia, esto es, a someterla a un régimen de prueba tasada; y, de otro, que omita

suministrar a aquéllos unos criterios precisos de acuerdo con los cuales formar su convicción, limitándose a fijar unas pautas genéricas de conducta.

Aun cuando algún sector de la doctrina y ciertos pronunciamientos jurisdiccionales aislados V. gr., la S.T.S., Sala Primera, de 5 de mayo de 1989 han pretendido distinguir el sistema de valoración conforme a las reglas de la sana crítica como un *tertium genus*, a medio camino entre la prueba tasada y la libre valoración, la doctrina jurisprudencial mayoritaria subraya la íntima vinculación entre apreciación libre -o discrecional- y valoración realizada según las reglas de la sana crítica, y aun su equiparación, en contraste con el sistema de «prueba tasada»: Vide, SS.T.S., Sala Primera, de 16 de diciembre de 1977 (C.D ., 77C69); 9 de octubre de 1981 (C.D ., 81C541); 21 de abril de 1982 (C.D ., 82C269); 28 de febrero de 1983 (C.D ., 83C165); 7 de marzo de 1983 (C.D ., 83C160); 8 de noviembre de 1983 (C.D ., 83C962); 5 de diciembre de 1984 (C.D ., 84C962); 11 de marzo de 1985 (C.D ., 85C193); 26 de marzo de 1985 (C.D ., 85C246); 11 de junio de 1985 (C.D ., 85C614); 9 de febrero de 1987 (C.D ., 87C43); 3 de abril de 1987 (C.D ., 87C330); 2 de febrero de 1987 (C.D ., 87C737); 28 de octubre de 1987 (C.D ., 87C891); 2 de noviembre de 1987 (C.D ., 87C878); 17 de diciembre de 1987 (C.D ., 87C1064); 22 de marzo de 1988 (C.D ., 88C304); 22 de junio de 1988 (C.D ., 88C539); 16 de septiembre de 1988 (C.D ., 88C865); 22 de septiembre de 1988 (C.D ., 88C869); 8 de mayo de 1989 (C.D ., 89C455); 29 de mayo de 1989 (C.D ., 89C606); 30 de mayo de 1989 (C.D ., 89C613); 21 de marzo de 1990 (C.D ., 90C246); 10 de diciembre de 1990 (C.D ., 90C1257); 29 de enero de 1991 (C.D ., 91C145); 15 de julio de 1991 (C.D ., 91C781); 19 de diciembre de 1991 (C.D ., 91C1399); 20 de diciembre de 1991 (C.D ., 91C1357); 28 de febrero de 1992 (C.D ., 92C242); 3 de diciembre de 1992 (C.D ., 92C1247); 16 de diciembre de 1993 (C.D ., 93C12055); 28 de julio de 1994 (C.D ., 94C07119); 7 de noviembre de 1994 (C.D ., 94C838); 30 de noviembre de 1994 (C.D ., 94C11113); 22 de mayo de 1998 (C.D ., 98C1064); 16 de octubre de 1998 (C.D ., 98C1541); 26 de febrero de 1999 (C.D ., 99C216); 16 de marzo de 1999 (C.D ., 99C345); 28 de junio de 1999 (C.D ., 99C557); 16 de noviembre de 1999 (C.D ., 99C1385); 21 de enero de 2000 (C.D ., 00C5); 10 de junio de 2000 (C.D ., 00C1027); 22 de julio de 2000 (C.D ., 00C1488); 14 de octubre de 2000 (C.D ., 00C1908); 24 de octubre de 2000 (C.D ., 00C1793); 27 de febrero de 2001 (C.D ., 01C282); y 4 de junio de 2001 (C.D ., 01C673), entre otras .

DÉCIMO QUINTO.- Ciertamente, no han faltado autorizadas opiniones para las cuales el juzgador ha de encontrarse vinculado por los dictámenes periciales, con base principalmente en la paradoja que comporta atribuir el juicio definitivo acerca de la corrección intrínseca de la prueba pericial precisamente a aquél que carece de los conocimientos especializados precisos para percibir o apreciar por sí los hechos de que se trate.

A su vez, un acreditado sector de la dogmática procesalista llama la atención acerca de que, a pesar de no ser obligatorio atenerse a los dictámenes periciales, existen graves riesgos de sujeción irreflexiva, instintiva o maquinal propiciada ora por la complejidad creciente de ciertas cuestiones, ora por una vehemente presunción de certidumbre de los dictámenes asociada a una acritica hipertrofia de la autoridad científica que cabe suponer al perito por su reputación, titulación o experiencia, unida a un sensación de propia ineptitud o impericia.

Sin embargo, ha de repararse en que, como se ha dicho con acierto, «no es lo mismo no saber hacer lo que hace el perito, que apreciar luego sus argumentos, puesto que el que no sabe hacer una cosa, puede, sin embargo, criticarla».

Este análisis crítico tanto puede alcanzar a los aspectos «no técnicos del dictamen pericial» cuanto, pese a su mayor dificultad, a «las máximas de experiencia técnica proporcionadas por el perito». Respecto de los primeros, mediante la comprobación de si el perito ha observado estrictamente los límites del encargo, o si, diversamente, ha incurrido en eventual exceso o defecto, sin perjuicio de lo cual señala que el Juez puede recurrir a cualesquiera máximas de experiencia que facilite el perito «aunque excedan los límites del encargo siempre y cuando sean útiles a los efectos del proceso», con base en que «...el Juez podía utilizar personalmente dichas máximas de experiencia sin intervención del Perito»; en segundo lugar, contrastando «si los hechos sobre los que el Perito aplica sus conocimientos técnicos, coinciden o no con los hechos probados en el proceso, de modo que «...si el perito introduce hechos nuevos en el proceso, o parte de hechos que pese a haber sido alegados por las partes no han resultado acreditados a través de la prueba, el Juez podrá rechazar el dictamen pericial fundado en tales hechos»; en tercer lugar, mediante la revisión de los razonamientos lógicos y jurídicos eventualmente vertidos por el perito, que exceden de su específico cometido; y en cuarto lugar, a través del examen de «... la propia coherencia interna del dictamen en lo que respecta a sus aspectos técnicos», ya que «tanto en el dictamen como a través de las aclaraciones solicitadas al dictamen, puede detectar el Juez contradicciones entre los varios pronunciamientos técnicos del dictamen pericial que hagan sospechosa la corrección del dictamen».

Acerca de los segundos, porque «si el Juez posee privadamente los conocimientos técnicos proporcionados por el Perito, se encontrará en inmejorables condiciones para realizar una labor crítica del dictamen pericial»; y si carece de tales conocimientos, puede procurárselos mediante la investigación privada en las fuentes adecuadas tales como «libros y publicaciones técnicas»; y en tercer lugar --sistema que no resulta de aplicación bajo el régimen de la LEC 1/2000-- «cuando el Juez tenga fundadas sospechas en torno a la exactitud de las máximas de experiencia técnicas proporcionadas por el Perito, y no pueda resolverlas privadamente, siempre podrá acudir a un nuevo dictamen pericial que le permita superar su limitación individual».

DÉCIMO SEXTO.- La apelación a las «reglas de la sana crítica» como criterio rector de la valoración de la prueba pericial por los órganos jurisdiccionales [*Vide* , SS.T.S., Sala Primera, de 16 de diciembre de 1977 (C.D ., 77C69); 16 de octubre de 1980 (C.D ., 80C133); 14 de febrero de 1981 (C.D ., 81C190); 9 de octubre de 1981 (C.D ., 81C541); 19 de octubre de 1981 (C.D ., 81C567); 22 de diciembre de 1981 (C.D ., 81C765); 10 de mayo de 1982 (C.D ., 82C267); 14 de junio de 1982 (C.D ., 82C476); 11 de enero de 1983 (C.D ., 83C20); 10 de febrero de 1983 (C.D ., 83C167); 22 de febrero de 1988 (C.D ., 88C23); 28 de febrero de 1983 (C.D ., 83C165); 6 de febrero de 1984 (C.D ., 84C99); 14 de febrero de 1984 (C.D ., 84C88); 10 de marzo de 1984 (C.D ., 84C188); 20 de noviembre de 1984 (C.D ., 84C861); 13 de marzo de 1985 (C.D ., 85C165); 26 de marzo de 1985 (C.D ., 85C246); 7 de junio de 1985 (C.D ., 85C414); 17 de junio de 1985 (C.D ., 85C613); 2 de diciembre de 1985 (C.D ., 85C999); 25 de abril de 1986 (C.D ., 86C354); 8 de mayo de 1986 (C.D ., 86C360); 25 de mayo de 1987 (C.D ., 87C451); 17 de junio de 1987 (C.D ., 87C633); 26 de junio de 1987 (C.D ., 87C598); 15 de julio de 1987 (C.D ., 87C581); 27 de octubre de 1987 (C.D ., 87C850); 28 de octubre de 1987 (C.D ., 87C891); 6 de noviembre de 1987 (C.D ., 87C854); 20 de noviembre de 1987 (C.D ., 87C1013); 30 de noviembre de 1987 (C.D ., 87C986); 17 de diciembre de 1987 (C.D ., 87C1064); 22 de febrero de 1988 (C.D ., 88C23); 29 de febrero de 1988 (C.D ., 88C117); 29 de febrero de 1988 (C.D ., 88C164); 4 de marzo de 1988 (C.D ., 88C310); 14 de marzo de 1988 (C.D ., 88C169); 17 de marzo de 1988 (C.D ., 88C314); 22 de marzo de 1988 (C.D ., 88C304); 21 de abril de 1988 (C.D ., 88C318); 3 de junio de 1988 (C.D ., 88C570); 23 de junio de 1988 (C.D ., 88C539); 8 de julio de 1988 (C.D ., 88C873); 18 de julio de 1988 (C.D ., 88C863); 16 de septiembre de 1988 (C.D ., 88C865); 22 de septiembre de 1988 (C.D ., 88C869); 5 de octubre de 1988 (C.D ., 88C1021); 10 de octubre de 1988 (C.D ., 88C870); 27 de octubre de 1988 (C.D ., 88C1125); 12 de noviembre de 1988 (C.D ., 88C989); 18 de noviembre de 1988 (C.D ., 88C1253); 8 de febrero de 1989 (C.D ., 89C82); 22 de febrero de 1989 (C.D ., 89C250); 27 de febrero de 1989 (C.D ., 89C215); 8 de marzo de 1989 (C.D ., 89C415); 21 de abril de 1989 (C.D ., 89C456); 8 de mayo de 1989 (C.D ., 89C455); 10 de mayo de 1989 (C.D ., 89C637); 29 de mayo de 1989 (C.D ., 89C606); 30 de mayo de 1989 (C.D ., 89C613); 12 de junio de 1989 (C.D ., 89C663); 20 de junio de 1989 (C.D ., 89C798); 25 de septiembre de 1989 (C.D ., 89C986); 10 de noviembre de 1989 (C.D ., 89C1300); 14 de noviembre de 1989 (C.D ., 89C1345); 4 de diciembre de 1989 (C.D ., 89C1499); 24 de enero de 1990 (C.D ., 90C329); 13 de febrero de 1990 (C.D ., 90C183); 23 de febrero de 1990 (C.D ., 90C02079); 18 de mayo de 1990 (C.D ., 90C821); 30 de mayo de 1990 (C.D ., 90C618); 1 de octubre de 1990 (C.D ., 90C913); 2 de octubre de 1990 (C.D ., 90C875); 20 de febrero de 1991 (C.D ., 91C180); 1 de marzo de 1991 (C.D ., 91C88); 22 de marzo de 1991 (C.D ., 91C218); 15 de julio de 1991 (C.D ., 91C781); 15 de octubre de 1991 (C.D ., 91C938); 25 de noviembre de 1991 (C.D ., 91C1402); 19 de diciembre de 1991 (C.D ., 91C1399); 20 de diciembre de 1991 (C.D ., 91C1329); 20 de diciembre de 1991 (C.D ., 91C1357); 26 de diciembre de 1991 (C.D ., 91C1445); 20 de febrero de 1992 (C.D ., 92C186); 24 de febrero de 1992 (C.D ., 92C217); 10 de junio de 1992 (C.D ., 92C595); 10 de junio de 1992 (C.D ., 92C638); 17 de junio de 1992 (C.D ., 92C641); 22 de junio de 1992 (C.D ., 92C903); 30 de julio de 1992 (C.D ., 92C845); 28 de noviembre de 1992 (C.D ., 92C11129); 17 de diciembre de 1992 (C.D ., 92C1357); 28 de abril de 1993 (C.D ., 93C384); 4 de mayo de 1993 (C.D ., 93C385); 6 de septiembre de 1993 (C.D ., 93C762); 16 de diciembre de 1993 (C.D ., 93C12055); 7 de marzo de 1994 (C.D ., 94C03038); 10 de marzo de 1994 (C.D ., 94C144); 23 de abril de 1994 (C.D ., 94C04051); 2 de mayo de 1994 (C.D ., 94C05001); 28 de julio de 1994 (C.D ., 94C07119); 11 de octubre de 1994 (C.D ., 94C716); 18 de octubre de 1994 (C.D ., 94C10057); 28 de octubre de 1994 (C.D ., 94C10110); 7 de noviembre de 1994 (C.D ., 94C838); 30 de noviembre de 1994 (C.D ., 94C11113); 30 de enero de 1995 (C.D ., 95C57); 9 de marzo de 1995 (C.D ., 95C167); 3 de abril de 1995 (C.D ., 95C341); 26 de abril de 1995 (C.D ., 95C370); 17 de mayo de 1995 (C.D ., 95C423); 3 de julio de 1995 (C.D ., 95C1305); 10 de noviembre de 1995 (C.D ., 95C862); 12 de febrero de 1996 (C.D ., 96C90); 19 de febrero de 1996 (C.D ., 96C263); 14 de mayo de 1996 (C.D ., 96C599); 1 de julio de 1996 (C.D ., 96C995); 26 de julio de 1996 (C.D ., 96C887); 8 de noviembre de 1996 (C.D ., 96C1824); 31 de diciembre de 1996 (C.D ., 96C1819); 27 de febrero de 1997 (C.D ., 97C778); 20 de marzo de 1997 (C.D ., 97C513); 1 de abril de 1997 (C.D ., 97C605); 21 de julio de 1997 (C.D ., 97C1396); 21 de julio de 1997 (C.D ., 97C1414); 31 de julio de 1997 (C.D ., 97C1757); 26 de septiembre de 1997 (C.D ., 97C1756); 10 de noviembre de 1997 (C.D ., 97C2416); 28 de enero de 1998 (C.D ., 98C482); 4

de febrero de 1998 (C.D ., 98C399); 11 de aril de 1998 (C.D ., 98C618); 11 de mayo de 1998 (C.D ., 98C806); 8 de julio de 1998 (C.D ., 98C967); 19 de septiembre de 1998 (C.D ., 98C1336); 5 de octubre de 1998 (C.D ., 98C1343); 16 de octubre de 1998 (C.D ., 98C1541); 30 de diciembre de 1998 (C.D ., 98C2243); 18 de enero de 1999 (C.D ., 99C66); 26 de febrero de 1999 (C.D ., 99C216); 16 de marzo de 1999 (C.D ., 99C345); 4 de mayo de 1999 (C.D ., 99C558); 28 de junio de 1999 (C.D ., 99C557); 30 de julio de 1999 (C.D ., 99C959); 9 de octubre de 1999 (C.D ., 99C1339); 21 de octubre de 1999 (C.D ., 99C1338); 16 de noviembre de 1999 (C.D ., 99C1385); 21 de enero de 2000 (C.D ., 00C5); 6 de abril de 2000 (C.D ., 00C541); 12 de abril de 2000 (C.D ., 00C1028); 10 de junio de 2000 (C.D ., 00C1027); 22 de julio de 2000 (C.D ., 00C1488); 24 de julio de 2000 (C.D ., 00C1489); 31 de julio de 2000 (C.D., 00C1340); y, 16 de octubre de 2000 (C.D ., 00C1596), entre otras] no comporta, pues, y pese a que mayoritariamente la jurisprudencia sostiene que la pericia es de apreciación libre « "... la prueba pericial es de libre apreciación por el juez (SS. de 9 de octubre de 1981 , 19 de octubre de 1982 , 27 de febrero , 8 de mayo , 10 de mayo , 25 de octubre y 5 de noviembre de 1986 ; 9 de febrero , 25 de mayo , 17 de junio , 15 y 17 de julio de 1987 ; 9 de junio y 12 de noviembre de 1988 ; 14 de abril , 20 de junio y 9 de diciembre de 1989)... El Juzgador no está obligado a sujetarse al dictamen pericial y no se permite la impugnación casacional de la valoración realizada a menos que sea contraria en sus conclusiones a la racionalidad y se conculquen las más elementales directrices de la lógica (SS. de 13 de febrero de 1990 ; 29 de enero , 20 de febrero y 25 de noviembre de 1991 ...", o abiertamente se aparta lo apreciado por la Sala "a quo" del propio contexto o expresividad del contenido pericial. (S. 13 de junio de 2000) » (S.T.S., Sala Primera, de 23 de octubre de 2000; C.D., 00C1597).

Vide , asimismo, SS.T.S., Sala Primera, de 22 de septiembre de 1988 (C.D ., 88C869); 7 de noviembre de 1994 (C.D ., 94C838); 11 de abril de 1998 (C.D ., 98C619) --que cita, a su vez, las SS.T.S., de 9 de octubre de 1981 ; 19 de octubre de 1982 ; 13 de mayo de 1983 ; 27 de febrero , 8 de mayo , 25 de octubre y 5 de noviembre de 1986 ; 9 de febrero , 25 de mayo , 17 de junio , 15 y 17 de julio de 1987 ; 9 de junio y 12 de noviembre de 1988 ; 11 de abril , 20 de junio y 9 de diciembre de 1989 --; 16 de octubre de 1998 (C.D ., 98C1541); 26 de febrero de 1999 (C.D ., 99C216); 16 de marzo de 1999 (C.D ., 99C345); 16 de noviembre de 1999 (C.D., 99C1385); y 22 de julio de 2000 (C.D ., 00C1488), entre otras, la consagración del más irrestricto albedrío ponderativo.

DÉCIMO SÉPTIMO.- Es frecuente empero, afirmar que los juzgadores no están obligados a sujetarse al dictamen pericial *Vide*, SS.T.S., Sala Primera, de 16 de octubre de 1980 (C.D ., 80C133); 10 de mayo de 1982 (C.D ., 82C267); 25 de abril de 1986 (C.D ., 86C354); 9 de febrero de 1987 (C.D ., 87C43); 27 de octubre de 1987 (C.D ., 87C850); 20 de noviembre de 1987 (C.D ., 87C1013); 14 de marzo de 1988 (C.D ., 88C169); 24 de enero de 1990 (C.D ., 90C329); 18 de mayo de 1990 (C.D ., 90C821); 10 de febrero de 1990 (C.D ., 90C1257); 29 de enero de 1991 (C.D ., 91C145); 25 de noviembre de 1991 (C.D ., 91C1402); 4 de mayo de 1993 (C.D ., 93C385); 23 de abril de 1994 (C.D ., 94C04051); 26 de abril de 1995 (C.D ., 95C370); 17 de mayo de 1995 (C.D ., 95C423); 14 de julio de 1995 (C.D ., 95C653); 2 de abril de 1996 (C.D ., 96C358); 2 de octubre de 1997 (C.D ., 97C1760); 9 de abril de 1998 (C.D ., 98C483); 11 de abril de 1998 (C.D ., 98C618); 16 de octubre de 1998 (C.D ., 98C1541); 18 de enero de 1999 (C.D ., 99C66); 26 de febrero de 1999 (C.D ., 99C216); 16 de marzo de 1999 (C.D ., 99C345); 16 de noviembre de 1999 (C.D ., 99C1385); 13 de junio de 2000 (C.D ., 00C1029); 22 de julio de 2000 (C.D ., 00C1488); 31 de julio de 2000 (C.D ., 00C1340); 14 de octubre de 2000 (C.D., 00C1908); y 4 de junio de 2001 (C.D ., 01C673), entre otras, aunque en ocasiones se modaliza esta afirmación con el matiz de que la obligación no opera «totalmente» así, la S.T.S., Sala Primera de 23 de octubre de 2000 (C.D ., 00C1597) precisa que: «... es sabido además que, en materia de prueba pericial, a la hora de valorar la misma, no puede afirmarse sin mas que, su ponderación contradiga las reglas de la sana crítica, entendidas como las más elementales directrices de la lógica humana y si la valoración que se realiza estuviese abierta a la crítica en general, se estaría convirtiendo la casación en una tercera instancia, lo que ni es ni admite esta Sala. Por todo ello, conviene recordar con la S. 11 de octubre de 1994 , que, los tribunales de instancia, en uso de facultades que les son propias, no están obligados a sujetarse totalmente al dictamen pericial, que no es más que uno de los medios de prueba o elementos de juicio (S. 6 de marzo de 1948). No existen reglas preestablecidas que rijan el criterio estimativo de la prueba pericial, por lo que no puede invocarse en casación la infracción de precepto alguno en tal sentido (SS. de 1 de febrero y 19 de octubre de 1982). Ni los arts. 1242 y 1243 C.C ., ni el 632 LEC , tienen el carácter de preceptos valorativos de prueba a efectos de casación para acreditar error de derecho, pues, la prueba pericial es de libre apreciación por el juez (SS. de 9 de octubre de 1981 , 19 de octubre de 1982 , 27 de febrero , 8 de mayo , 10 de mayo , 25 de octubre y 5 de noviembre de 1986 ; 9 de febrero , 25 de mayo , 17 de junio , 15 y 17 de julio de 1987 ; 9 de junio y 12 de noviembre de 1988 ; 14 de abril , 20 de junio y 9 de diciembre de 1989)...». *Vide*, asimismo, SS.T.S., de 12 de junio de 1989 (C.D ., 89C663); 11 de octubre de 1994 (C.D ., 94C716); 2 de octubre de 1997 (C.D ., 97C1779); 20 de marzo de 1998 (C.D ., 98C244); 9 de abril de 1998 (C.D ., 98C483); 6 de marzo de 1999 (C.D ., 99C228);

26 de noviembre de 1999 (C.D ., 99C1582); 25 de enero de 2000 (C.D ., 00C163) ; entre otras; o no recae sobre «un dictamen determinado» así, la S.T.S., Sala Primera, de 21 de enero de 2000 (C.D ., 00C5) , señala que: «... Por otra parte, la jurisprudencia sobre esta prueba [rectius: pericial] es muy reiterada; así, la S. de 28 de junio de 1999 la resume en el siguiente sentido: La jurisprudencia de esta Sala es reiterada y unánime en orden a la apreciación y valoración de la prueba de peritos en el ámbito casacional, teniendo declarado: que tal prueba no puede confundirse con la documental, y por tanto carece de eficacia a los efectos del apoyo exigido en el art. 1692.4 Ley procesal ; que debe ser apreciada por el juzgador según las reglas de la sana crítica, sin estar obligado a sujetarse a un dictamen determinado ...». Vide, en el mismo sentido, SS.T.S., Sala Primera, de 30 de noviembre de 1994 (C.D., 94C11113), y 28 de junio de 1999 (C.D ., 99C557).

DÉCIMO OCTAVO.- Antes bien, representa una llamada a la utilización obligada S.T.S., Sala Primera, de 18 de mayo de 1990 (C.D ., 90C821) de principios y máximas que pese a la amplitud de su noción y a no hallarse tipificadas o delimitadas en precepto alguno que, por lo mismo, pueda aplicarse o infringirse Cfr., SS.T.S., Sala Primera, de 7 de diciembre de 1981 (C.D ., 81C696); 21 de abril de 1982 (C.D ., 82C269); 14 de junio de 1982 (C.D ., 82C476); 20 de diciembre de 1982 (C.D ., 82C769); 10 de febrero de 1983 (C.D ., 83C167); 28 de febrero de 1983 (C.D ., 83C165); 2 de diciembre de 1985 (C.D ., 85C999); 8 de mayo de 1986 (C.D ., 86C360); 17 de julio de 1987 (C.D ., 87C587); 2 de octubre de 1987 (C.D ., 87C737); 7 de diciembre de 1987 (C.D ., 87C1014); 29 de febrero de 1988 (C.D ., 88C164); 27 de octubre de 1988 (C.D ., 88C1125); 20 de junio de 1989 (C.D ., 89C798); 23 de febrero de 1990 (C.D ., 90C02079); 1 de octubre de 1990 (C.D ., 90C913); 20 de diciembre de 1991 (C.D ., 91C1357); 28 de febrero de 1992 (C.D ., 92C242); 10 de junio de 1992 (C.D ., 92C638); 6 de septiembre de 1993 (C.D ., 93C762); 11 de octubre de 1994 (C.D ., 94C716); 14 de mayo de 1996 (C.D ., 96C599); 1 de julio de 1996 (C.D ., 96C995); 16 de octubre de 1998 (C.D ., 98C1541); 26 de febrero de 1999 (C.D ., 99C216); 16 de marzo de 1999 (C.D ., 99C345); 16 de noviembre de 1999 (C.D ., 99C1385); 22 de julio de 2000 (C.D ., 00C1488) , permiten tanto que el órgano jurisdiccional ante el que se presentan o acuerda la elaboración de los dictámenes pueda contrastar los resultados que han de extraerse de ellos, como que otros órganos puedan ejercer un control sobre la valoración efectuada por aquél.

DÉCIMO NOVENO.- En punto a precisar qué sea en último término qué realidad subyace al modelo, norma, patrón o referencia de conducta valorativa «... en efecto aun admitiendo la laxitud del concepto "sana crítica" (especie de standard jurídico o concepto jurídico en blanco o indeterminado) que como módulo valorativo introduce el art. 632 de la L.E.C . citado, para que así aprecien la prueba pericial los Tribunales, es evidente que, el margen amplio de discrecionalidad enjuiciadora que ese precepto permite a los órganos judiciales se corresponde con la naturaleza no vinculante del dictamen pericial (SS. de 25 de octubre y 5 de noviembre de 1986 , entre otras), y que sólo accedería a un reajuste casacional cuando la "apreciación" practicada contrarie esa "sana crítica" que no es sino, en un lenguaje propio del "logos de lo razonable", si del juicio por el órgano de tal prueba se hubiese alcanzado una afirmación o resultado irrazonable, por ello mismo, o contrario a las más elementales directrices de la lógica humana, y, nada de eso, es evidente, ha acontecido en la función de apreciación del tribunal sentenciador (SS. de 9 de junio , 14 de julio y 5 de octubre de 1988) por lo que el motivo ha de decaer...» (S.T.S., Sala Primera, de 13 de febrero de 1990; C.D ., 90C167) denominado «reglas de la sana crítica», la jurisprudencia ha ofrecido una plural variedad de nociones, aunque en definitiva las vinculan ora a principios lógicos, ora a reglas nacidas de la experiencia.

Así, se han identificado con las «más elementales directrices de la lógica humana» Vide, SS.T.S., Sala Primera, de 13 de febrero de 1990 (C.D ., 90C183), 10 de marzo de 1994 (C.D ., 94C144); 11 de octubre de 1994 (C.D ., 94C716); 3 de abril de 1995 (C.D ., 95C341); 26 de abril de 1995 (C.D., 95C370) ; y 17 de mayo de 1995 (C.D ., 95C423) , entre otras; con «normas racionales» Vide, S.T.S., Sala Primera, de 3 de abril de 1987 (C.D ., 87C330) ; con el «sentido común» Vide, SS.T.S., Sala Primera, de 21 de abril de 1988 (C.D., 88C318) y 18 de mayo de 1990 (C.D ., 90C821) ; con las normas de la lógica elemental o a las reglas comunes de la experiencia humana Vide, SS.T.S., Sala Primera, de 15 de octubre de 1991 (C.D., 91C938) y 8 de noviembre de 1996 (C.D ., 96C1894) ; con el «logos de lo razonable» Vide, S.T.S., Sala Primera, de 13 de febrero de 1990 (C.D ., 90C183) ; con el «criterio humano» Vide, S.T.S., Sala Primera, de 28 de julio de 1994 (C.D ., 94C07119) ; el «razonamiento lógico» Vide, SS.T.S., Sala Primera, de 18 de octubre de 1994 (C.D., 94C10057) y 30 de diciembre de 1997 (C.D ., 97C2223) ; con la «lógica plena» Vide, S.T.S., Sala Primera, de 8 de mayo de 1995 (C.D ., 95C373) ; con el «criterio lógico» Vide, SS.T.S., Sala Primera, de 24 de noviembre de 1995 (C.D., 95C917) y 30 de julio de 1999 (C.D ., 99C959) ; o con el «raciocinio humano» Vide, SS.T.S., Sala Primera, de 10 de diciembre de 1990 (C.D ., 90C1257) -- que cita, a su vez, las SS.T.S. de 27 de febrero y 25 de abril de 1986 ; 9 de febrero de 1987 ; 23 y 30 de mayo de 1987 y 19 de octubre de 1987 --; 29 de enero de 1991 (C.D ., 91C145) --con cita de las SS.T.S. de 25 de abril de 1986 ; 24 de junio y 15 de julio de 1987 ; 26 de mayo de 1988 ; 28 de enero de 1989 ; 9 de abril de 1990 --; 22 de febrero de 1992 (C.D .,

92C186); 30 de noviembre de 1994 (C.D ., 94C11113); 28 de junio de 1995 (C.D ., 95C1347); 28 de junio de 1999 (C.D ., 99C557); 21 de enero de 2000 (C.D ., 00C5); 24 de octubre de 2000 (C.D., 00C1793); y 4 de junio de 2001 (C.D ., 01C673), entre otras.

VIGÉSIMO.- Resulta conforme con estos criterios que a la hora de valorar los dictámenes periciales se preste una atenta consideración a elementos tales como la cualificación profesional o técnica de los peritos; la magnitud cuantitativa, clase e importancia o dimensión cualitativa de los datos recabados y observados por el perito; operaciones realizadas y medios técnicos empleados; y, en particular, el detalle, exactitud, conexión y resolución de los argumentos que soporten la exposición, así como la solidez de las deducciones; sin que, en cambio, parezca conveniente fundar el fallo exclusivamente en la atención aislada o exclusiva de sólo alguno de estos datos.

Diversamente, se han reputado infringidas las reglas de la sana crítica cuando, entre otras hipótesis, en la valoración de la prueba pericial:

VIGÉSIMO PRIMERO.- a) cuando se omiten datos o conceptos que figuren en el dictamen

En este sentido, la S.T.S., Sala Primera, de 7 de enero de 1991 (Act. Civ., ref. 303/1991 , pág. 887):

«... La Sala de instancia, en su fundamento de derecho noveno, justifica la declaración de nulidad de la patente, "en que ni siquiera se ha intentado acreditar que el molino examinado suponga ventaja respecto de otros molinos de eje vertical, patentados anteriormente en Francia"; carga probatoria, en su aspecto negativo, que correspondía efectuar al demandante, al haber instado la nulidad de la patente en su demanda, correspondiéndole por tanto la probanza "de los hechos normalmente constitutivos de su pretensión". Pero es que realmente en autos figuran elementos de prueba más que suficientes, para llegar a una valoración probatoria de distinto signo a la efectuada por el Tribunal "a quo": todos los técnicos coinciden en afirmar que los elementos mecánicos utilizados en el invento que analizamos son de dominio público, o tradicionalmente conocidos y utilizados, (como realmente lo son la casi totalidad de los elementos mecánicos que componen todas las patentes registradas), pero la novedad identificativa no está en la originalidad de los elementos componentes, sino en la ventaja del conjunto, debido a su especial yuxtaposición; y tan es así, que el propio Estatuto reconoce este principio en el art. 48.4.º anteponiendo la ventaja, o la novedad técnica, a la originalidad. Es por tanto esta ventaja, novedad o utilidad la que debe definir la patente, para merecer la protección registral; y precisamente en este campo figuran en los autos (folios 239 a una abundantísima constancia documental de la serie de: premios, diplomas, reconocimiento de originalidad, estudios laudatorios de eficacia, promociones protegidas a la exportación, campañas oficiales de divulgación en el extranjero, etc, etc, en donde pública y oficialmente se reconocen las ventajas del ahorro energético que la patente de invención discutida representa. Esta opinión preside todos los informes técnicos que figuran en autos, a excepción del emitido por la Escuela de Ingenieros Industriales de Bilbao, sin que pueda decirse, que el examen comparativo solamente se ha realizado en relación con los molinos de eje horizontal o convencionales, ya que los peritos afirman en sus informes, que los exámenes de rendimientos y reducción de consumo, los han efectuado a la vista de toda la documentación que le han proporcionado las partes y el Juzgado, (folios 1004, 1006, 1008 y 1010), enumerando detalladamente la serie de patentes y modelos de molinos de eje vertical que han sido estudiados; encontrándonos, por tanto en el caso de la omisión en el proceso valorativo de unos datos fácticos o conceptos apreciativos, que figuran en los dictámenes y en los autos, que conducen a conclusiones distintas de las reconocidas por el Tribunal "a quo", y cuya impugnación valorativa se ha efectuado a través de las argumentaciones contenidas en los motivos segundo y cuarto del recurso, los cuales deben, en su consecuencia, ser estimados....»;

o la S.T.S., Sala Primera, de 30 de noviembre de 1994 (C.D ., 94C11113) señaló que:

«...no obstante la reforma procesal operada por la Ley 34/1984 , no se ha alterado en la misma la doctrina acabada de exponer, no permitiéndose una impugnación abierta y libre de la actividad apreciativa de la pericia, a menos que el proceso deductivo realizado choque de una manera evidente y manifiesta con el raciocinio humano, vulnerando la sana crítica, u omitiendo un dato o concepto que figure en el dictamen, estableciendo con ello aspectos fácticos distintos de los que realmente se han querido llevar a los autos...».

En idéntico sentido, las SS.T.S., Sala Primera, de 28 de junio de 1999 (C.D ., 99C557):

«... finalmente, no obstante la reforma procesal operada por virtud de la L 34/1984, no se ha alterado en la misma la doctrina acabada de exponer, no permitiéndose una impugnación abierta y libre de la actividad apreciativa de la pericia, a menos que el proceso deductivo realizado choque de una manera evidente y manifiesta con el raciocinio humano, vulnerando la sana crítica, u omitiendo un dato o concepto que figure

en el dictamen, estableciendo con ello aspectos fácticos distintos de los que realmente se han querido llevar a los autos...»;

y 21 de enero de 2000 (C.D., 00C5):

«... no permitiéndose una impugnación abierta y libre de la actividad apreciativa de la pericia, a menos que el proceso deductivo realizado choque de una manera evidente y manifiesta con el raciocinio humano, vulnerando la sana crítica, u omitiendo un dato o concepto que figure en el dictamen, estableciendo con ello aspectos fácticos distintos de los que realmente se han querido llevar a los autos...».

VIGÉSIMO SEGUNDO.- b) cuando el juzgador se aparta del «propio contexto o expresividad del contenido pericial»

Vide, S.S.T.S., Sala Primera, de 25 de enero de 2000 (C.D., 00C163); 7 de marzo de 2000 (C.D., 00C571); 13 de junio de 2000 (C.D., 00C1029), y 23 de octubre de 2000 (C.D., 00C1597), entre otras. En este sentido, la S.T.S., Sala Primera, de 20 de febrero de 1992 (C.D., 92C186) precisó que:

«...solamente cuando el Juzgador tergiverse ostensiblemente las conclusiones periciales o falsee en forma arbitraria sus dictados o extraiga deducciones absurdas o ilógicas podrá prosperar la impugnación por esta vía, lo que efectivamente no ocurre aquí...».

VIGÉSIMO TERCERO.- c) si la valoración del informe pericial es ilógica :

Así, se ha afirmado que no es lógico desechar la cuantía de la reparación determinada por la prueba pericial practicada con intervención de ambas partes (S.T.S., Sala Primera, de 2 de octubre de 1958); o el informe colegial sobre el importe de unos servicios profesionales Cfr., S.T.S., 6 de junio de 1983 (C.D., 83C431). En sentido análogo, la S.T.S., Sala Primera, de 8 de febrero de 1989 (Act. Civ., ref. 518/1989, pág. 1778):

«Quinto. Por el contrario también habrá de ser estimado el motivo 5.º en el que, de nuevo con apoyo en el número 5.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia error, esta vez de derecho, en la apreciación de la prueba, con infracción de los artículos 1242 y 1243 del Código Civil y de los artículos 610, 623 y 1707, párrafo 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estimación que [...], se basa en que, en cualquier caso, las partes tienen derecho a emplear la prueba pericial en cuantos supuestos, como sucede en el presente, son necesarios o convenientes para conocer o apreciar algún hecho de influencia en el pleito, conocimientos científicos, artísticos o prácticos, según reconocen los artículos 1242 del Código Civil y 610 de la LEC de 1881, que se denuncian como infringidos, derecho, además, a utilizar los medios de prueba pertinentes, reconocido a nivel constitucional por el artículo 24 de nuestra Carta Magna, y la resolución que se recurre, al entender que no se ha probado que se hayan ocasionado los daños y perjuicios, con base en que la única prueba a tal respecto, que es la pericial, se base en meras suposiciones, no se limita a valorar, como es función consentida por la Ley Procesal, la aludida prueba pericial de acuerdo con las reglas de la sana crítica, concluyendo que los daños y perjuicios son mayores, menores que los señalados por el perito o incluso nulos, sino que está produciendo un rechazo, que supone falta de valoración de la misma, en razón, además, a un argumento tal poco atendible como es el de que la prueba se base en meras suposiciones, sin tener en cuenta que, cuando a un perito se le encarga valorar los perjuicios ocasionados por la falta de realización por una de las partes contratantes de una operación de descuaje de una finca de monte, a la que estaba contractualmente obligado, y que, sin embargo, no efectuó, no puede actuar sobre hechos reales, valorando unos daños ya causados en la finca, sino que tiene que proceder en el terreno de lo conceptual, cuantificando los beneficios presuntos o lucro cesante que la obra no realizada hubiese otorgado al arrendador de la finca, beneficios cuya no producción íntegra, por vía de la inversión, unos perjuicios infringidos al mismo; todo lo cual equivale, como hemos dicho a una falta de valoración de la prueba pericial, integradora de un error de derecho en su apreciación, que debe dar lugar a la estimación de este cuarto motivo».

La S.T.S., Sala Primera, de 15 de julio de 1991 (Act. Civ., ref. 923/1991, pág. 2755):

«...El desacierto en la valoración de la prueba pericial, ha de ser censurado, por el cauce adjetivo del n.º 5 del artículo 1692 de la Ley Procesal Civil (sentencia de 1 de octubre de 1990), por lo que su valoración y no dicha prueba en sí, ha de impugnarse, mediante la denuncia de vulneración de las normas de hermenéutica, contenidas en los artículos 1281 a 1289, lo que se deja analizado, con el estudio de los motivos segundo y tercero, pues esta Sala de Casación puede y debe, en cumplimiento de su función controladora y vigilante del estricto respeto a la legalidad, llegar a la justa resolución de las controversias procesales, y con respecto al material fáctico, valorarlo jurídicamente, a los efectos, de si al mismo se aplicó correctamente los preceptos legales pertinentes, y así es doctrina jurisprudencial sostenida reiteradamente (sentencia de 22 de abril de

1991), sobre todo, cuando sucede, como en el presente supuesto, que el proceso deductivo realizado por el Tribunal de la instancia, afrenta de manera evidente a un razonar humano consecuente (sentencia de 15 de julio de 1987 , 26 de mayo de 1988 , 28 de enero de 1989 , 9 de abril de 1990 y 29 de enero de 1991) y también a la realidad acreditada de la disposición material de las cosas...»;

o la S.T.S., Sala Primera, de 20 de diciembre de 1993 (Rep. Jur. Ar. 1993/10092) concluye que:

«.. La sentencia recurrida al afirmar, como fundamento de su fallo desestimatorio de la demanda, que "no existe ninguna duda de que el valor de la totalidad de las fincas objeto de la relación arrendaticia supere el duplo del que tendría teniendo en cuenta únicamente su valor agrario", sin que en los autos exista prueba alguna tendente a establecer el valor de fincas de la misma zona o comarca de su misma calidad y cultivo, ha aplicado incorrectamente el art. 7.1 , 3.^a de la Ley de Arrendamientos Rústicos al no haber realizado el juicio comparativo a que el mismo se refiere entre los valores expresados en el precepto legal sin que el valor de las fincas cercanas pueda deducirse, como hace la Sala de instancia, del valor asignado por el perito a las fincas objeto de valoración [...] resulta ilógica la valoración que en sentencia recurrida se hace del informe pericial obrante en autos (única prueba existente para la valoración de las fincas) ya que para establecer la proporcionalidad entre el valor de las fincas en su real situación y el valor agrario de las mismas no se ha tenido en cuenta el valor de las edificaciones ubicadas en las propias fincas; de haberse incluido en los valores computados el de esas edificaciones, la razón establecida por el perito de 278% (en realidad 217) quedaría reducida a 178%, con lo cual no se alcanza el exceso de valor que establece el repetido art. 7.1, 3.^a...»;

«... La prueba pericial practicada, que dictamina importantes defectos técnicos en las máquinas tragaperras entregadas, menos en dos de ellas, se basa en la observación directa de las mismas y en un informe extraprocesal que estima correcto, y de ello deduce que las máquinas ni son nuevas, ni funcionan bien, por estar gravemente alteradas; tales afirmaciones son concluyentes y dada la compleja tecnología que se aplica para su funcionamiento, sus deficiencias no son apreciables a simple vista, ni por un uso inmediato, lo que determina la lógica conclusión de que son máquinas usadas y manipuladas antes de su venta, y que, por tales defectos, resultan inútiles al fin perseguido, en su adquisición, de un normal uso y originaron reclamaciones extraprocesales; esta lógica conclusión sobre una cuestión de hecho con sólidos antecedentes, será o no exacta, pero pertenece a la potestad de los Tribunales de instancia y está dentro de las reglas lógicas, sin posible revisión en este recurso (SS. 12 de junio de 1986 y 19 de enero y 6 de febrero de 1987)...» (S.T.S., Sala Primera, de 29 de febrero de 1988; C.D., 88C117);

o la S.T.S., Sala Primera, de 9 de marzo de 1995 (C.D ., 95C167), para la que:

«.. En el caso que estudiamos existen tres grupos de razonamientos que conducen a entender, que no responde a un proceso lógico correcto deducir de la medición del local efectuada por el perito, la consecuencia de que no es posible identificar a la finca reivindicada. Estos razonamientos son los siguientes: 1º) El perito señala en su informe que el local bajo a la izquierda del zaguán tiene una longitud en línea de fachada de 4.05 m. Este local no fue medido por el perito, dada la ausencia de su dueña Doña Raquel , pero fue vendido adjudicándosele 60 m2, luego al tener forma rectangular, (véase el plano) su profundidad tiene que ser de unos 15 ml aproximadamente. El local ocupado por el demandado tiene también (según el informe) 4,01 m.l. de fachada, y su profundidad tenía que ser también de 15 m.l., según figura en el plano catastral facilitado por el Ayuntamiento. (folio 16 del rollo de apelación). 2º) El perito indica que la profundidad de la manzana es de 34 m.l.; la profundidad del edificio nº NUM001 de la C/ DIRECCION000 según la medición efectuada es de 9,90 m.l.; en el plano catastral se puede apreciar, que el sistema constructivo del conjunto de la manzana, ha sido el de dos filas de edificios simétricos e iguales, que tienen sus entradas por la C/ DIRECCION000 y DIRECCION001 y están separados en su fondo por un patio de luces. Sumando las profundidades medidas por el perito (9,90 + 9,90), existe una diferencia por defecto con los 34 m. que mide la manzana de 14,20 m, que desde luego no es a simple vista la anchura del patio de luces que los separa. Trasladando el plano levantado por el perito, al plano catastral, se puede intuir el error padecido en el informe. El solar nº NUM002 de C/ DIRECCION000 tiene menos fondo que el de su colindante nº NUM001 , pues aparte del patio cubierto de forma cuadrangular, existe otra gran superficie (pudiera ser otro patio de luces) situada sobre la C/ DIRECCION002 que limita sensiblemente su extensión; cosa que no ocurre con los edificios nº NUM001 y NUM003 situados a continuación, cuyo patio de luces divisorio es mucho más estrecho. El patio de luces que figura en el plano del perito, se corresponde con la extensión superficial situada sobre la C/ DIRECCION002 , y no con el patio divisorio que es más estrecho, por lo que el plano del local poseído por el demandado está falto de una extensión por el fondo, y 3º) Aunque se admitieran como buenas las extensiones superficiales que figuran en el informe pericial, la realidad indiscutible es que al demandado le sobran 12,35 m2 además de los 27,45 m2 que compró, es decir, casi un 50%, y en materia de fincas urbanas y locales comerciales, esa

diferencia resulta demasiado notoria por injustificada; y no cabe argumentar que la línea imaginaria trazada como divisoria entre los edificios núms. NUM001 y NUM002 por el perito está desplazada, pues basta con examinar el plano catastral para comprobar su correcta localización. Los anteriores razonamientos conducen a la estimación del motivo primero, y a la declaración de estar identificada suficientemente la finca...»;

o la S.T.S., Sala Primera, de 13 de noviembre de 1995 (Act. Civ. 112/1996 , pág. 322):

«..D) La más moderna doctrina jurisprudencial no ha modificado en su línea general los esquemas interpretativos acabados de exponer, dando lugar a una impugnación abierta y libre de la actividad apreciativa de la pericia; permitiéndolo solamente cuando el proceso deductivo realizado choque de una manera evidente con el razonamiento lógico, vulnerando la sana crítica, u omitiendo datos y conceptos que figuran en el dictamen, estableciéndose con ello aspectos fácticos distintos de los que han debido llevarse a los autos. Este examen crítico ha de plantearse por el cauce del núm. 5.º del art. 1692 citado, denunciando la infracción de las reglas de hermenéutica, y el contenido del art. 632 LEC , (Sentencias entre las más recientes 26 de mayo de 1988 ; 28 de enero de 1989 ; 9 de abril de 1990 ; 15 de julio de 1991 , etc.)...»;

VIGÉSIMO CUARTO.- d) cuando se procede con arbitrariedad :

La S.T.S., Sala Primera, de 18 de mayo de 1990 (C.D ., 90C821) subrayó que:

«... Sabido es que el art. 1243 C.C . remite, en cuanto al valor y la forma de practicar la prueba de peritos a la Ley de Enjuiciamiento Civil, la que en su art. 632 declara "Los Jueces y los Tribunales apreciarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a sujetarse al dictamen de los peritos", con lo que viene a sancionar que aunque su apreciación se deja al criterio del Juez, éste no puede proceder arbitrariamente, sino sujetándose a esas reglas de la sana crítica, que son las de la lógica y del sentido común, por lo que basta para fundamentar el motivo la mera alegación de no haber sido tenido en cuenta o que se separa de la misma, puesto que se precisa el acreditamiento de su falta de lógica, pues de no ser así los Jueces no están obligados a sujetarse o ajustarse a dicho informe o dictamen, obrando conforme a la Ley, desistiendo, o incluso prescindiendo del mismo; y como en el caso de autos no se da tal arbitrariedad, el motivo ha de ser desestimado»;

o la S.T.S., Sala Primera, de 20 de mayo de 1996 (Act. Civ., 639/1996 , pág. 1636):

«...Sexto. Continuando con el estudio de los motivos defendidos en el recurso del matrimonio D. Martín .- Natalia ., el segundo y tercero pueden analizarse conjuntamente al versar sobre la indemnización de daños y perjuicios, invocándose en ellos, de modo respectivo, la infracción por interpretación errónea de los arts. 1242 y 1243 CC, en relación con el 623 LEC (citado equivocadamente, al tener que referirse al 632), y de los arts. 394 y 399 del indicado Código sustantivo , cuyos razonamientos responden, sucintamente, a cuanto sigue: [...] -En la prueba pericial del aparejador queda determinado que los recurrentes ocupan una tercera parte del puesto, el correspondiente al núm. 8; -Si a la prueba pericial se acude por necesitarse especiales conocimientos de los que el órgano judicial carece para poder juzgar es incongruente que el juzgador de instancia interprete, haciendo referencia a la longitud del mostrador y "a otros condicionantes sabidos", como determinante de una mayor o una menor venta la longitud del mostrador. Ni el perito aparejador, ni el perito técnico en venta han señalado la importancia del mostrador a efectos de comercialización-, -El que en la medición resulte que el mostrador de los dos puestos 6 y 7 no sea de mucha mayor longitud al del puesto núm. 8 no lo hace elevar a la categoría de determinante de mayor comercialización, a la que sí hace referencia el perito técnico en ventas por hacer chafalán el puesto de los recurrentes al que se le da una ventaja comercial de un 5 o 10%, respecto a cualquiera de los otros. Por ello aunque se le conceda al juzgador una gran discrecionalidad para apreciar la prueba pericial con arreglo a la "sana crítica", una cosa es valorar la prueba de acuerdo con todas las normas de la lógica elemental o las reglas comunes de la experiencia humana y otra sustituir la ciencia del perito por una valoración arbitraria-, - Incluso resulta contradicha esta apreciación cuando en la documentación aportada por esta parte a autos y en la testifical de la contraparte, en la respuesta a la segunda del interrogatorio de la Sra. Constanza ., especialmente en las repreguntas, viene a reconocer que los principales clientes del negocio eran los hoteles a los que le cobraba el demandado y el cometido principal del actor era el transporte de pescado desde Valencia, lo que determina con claridad meridiana que el volumen del negocio más importante en las pescaderías era el servicio a hoteles y restaurantes de los productos, no la comercialización en el puesto (Motivo segundo)-, -Si los demandados están ocupando ilegítimamente una cuota que no les pertenece, procede la indemnización de daños y perjuicios- y -Esta ocupación ilegal necesariamente tiene que dar lugar a la pretendida indemnización, incluso aunque se estimara que la ocupación práctica a efectos comerciales es de la mitad puesto que, en cualquier caso, se está ocupando más de la tercera parte que le corresponde (Motivo tercero)..»;

VIGÉSIMO QUINTO.- e) cuando las apreciaciones del juzgador no son coherentes :

V. gr., porque el razonamiento conduzca al absurdo:

«La valoración de la prueba pericial corresponde al juzgador de instancia, y aun cuando cabe la verificación de dicha apreciación en casación, ello tiene carácter excepcional, pues se exige que se denuncie haberse incurrido, con trascendencia para el resultado probatorio del proceso, en un error notorio, o falta patente de lógica; conclusión absurda, o bien criterio desorbitado o irracional, o infracción palmaria de las reglas de la común experiencia. Nada de ello se da aquí, y por lo demás una eventual consideración positiva del motivo sería insuficiente para destruir el conjunto probatorio (documental y testifical) tenido en cuenta por la resolución recurrida, por lo que debe ser rechazado» (S.T.S., Sala Primera, de 4 de octubre de 1999; Act. Civ., ref. 25/2000 , pág. 67).

En este sentido, la S.T.S., Sala Primera, de 9 de marzo de 1995 (C.D ., 95C167):

«... decae el motivo primero, ya que la apreciación de la pericial correctamente llevada a cabo, no puede servir de soporte --como aquí se intenta-- al recurso fundado en error (S.s. del 26 de junio de 1964 y 7 de diciembre de 1981) salvo que se haya producido la valoración de la misma por el Tribunal con ostensible sinrazón y falta de lógica, reveladoras de arbitrariedad excluyente del criterio de sana crítica que la legalidad manda observar en la apreciación de esta prueba o que las apreciaciones hechas se ofrezcan sin tener en cuenta la elemental coherencia entre ellas que es exigible en la uniforme y correcta tarea interpretativa (Sentencia del 28 de abril de 1993)...».

La S.T.S., Sala Primera, de 28 de abril de 1993 (Act. Civ., ref. 920/1993 , pág. 2247), señaló que:

«...El motivo se estima porque la valoración de las pruebas periciales efectuada por la Sala «a quo» no guarda coherencia entre sí. En efecto, si admite que el proyecto era correcto, no se comprende que haya que variar el tipo de fachada en él previsto para realizar otra distinta que, además, como reconoce el propio perito Ingeniero, supone una mejora (folios 123 y 124, tomo 2). La Comunidad de Propietarios actora y ahora recurrida no puede obtener ningún enriquecimiento a costa de los condenados, y tal enriquecimiento lo supondría encontrarse con unas mejoras respecto a lo que tienen derecho, que es a que las fachadas del proyecto sirvan para cumplir su destino, no otras»;

o la S.T.S., Sala Primera, de 6 de abril de 2000 (C.D ., 00C541):

«...El ataque a la valoración de la prueba pericial a cargo de los órganos judiciales de las instancias sólo procede, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, a efectos de poder acoger el desacierto denunciado, si resulta que las conclusiones obtenidas lo han sido al margen de las pruebas llevadas a cabo, o se presentan ilógicas con acreditada incoherencia o irracionalidad entre sí, y también si se alcanzan conclusiones absurdas, disparatadas, extrañas al proceso, por lo que su censura casacional cabe si se dan dichos supuestos, que vienen a representar un fallo deductivo atentatorio con intensidad a la sana crítica (Ss. de 10 de julio de 1992 , 28 de abril de 1993 , 10 de marzo de 1995 , 17 de mayo de 1995)..»;

y la S.T.S., Sala Primera, de 31 de julio de 2000 (C.D ., 00C1340):

«La doctrina general del TS en este campo es la de que la prueba pericial debe ser apreciada por el Juzgador según las reglas de la sana crítica, las cuales, como modulo valorativo, establece el art. 632 de la LEC , pero sin estar obligado a sujetarse al dictamen pericial, y sin que se permita la impugnación casacional de la valoración realizada a menos que la misma sea contraria, en sus conclusiones, a la racionalidad y se conculquen las mas elementales directrices de la lógica (SS. de 13 de febrero de 1990 y 29 de enero de 1991 , 20 y 29 de noviembre de 1993 , 30 de marzo y 10 de octubre de 1994) y, en la línea referida, esta Sala ha admitido la posibilidad de la denuncia casacional de que se trata en los siguientes supuestos: error ostensible y notorio (SS. de 8 y 10 de noviembre de 1994); falta de lógica (S. de 9 de enero de 1991); conclusiones absurdas (SS. de 19 de marzo , 14 de octubre y 24 de diciembre de 1994); criterio desorbitado o irracional (SS. de 20 y 29 de noviembre de 1993 y 28 de enero de 1995); y conclusiones contrarias a las reglas de la común experiencia (S. de 24 de diciembre de 1994)..».

VIGÉSIMO SEXTO.- La eficacia probatoria del informe pericial depende de una pluralidad combinada de factores.

Importa, desde luego, calibrar la fiabilidad del dictamen desde el punto de vista de la imparcialidad del perito, y de su preparación técnica.

En cuanto a la primera, habrá que examinar si concurren sospechas de confabulación con alguna de las partes, o razones que lo inclinen -consciente o inconscientemente- a favorecer o a perjudicar a cualquiera de ellas. La depuración de estos extremos viene facilitada al prever, las Leyes procesales, causas de recusación de los peritos. Su regulación se contiene en los artículos 124 al 128 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil , y 467 a 470, 662 y 663, y 723, de la de Enjuiciamiento Criminal).

Existe una marcada desconfianza hacia el perito designado unilateralmente por una de las partes (la figura del perito interesado), y mayor aún, frente a los informes extrajudiciales, que se tratan de incorporar al proceso.

La Sentencia 275/1997, de 31 de marzo, de la Sala Primera del Tribunal Supremo , no duda en invocar, para ratificarlo, el criterio de la de 5 de abril del 1982, de la Sala Quinta, previniendo que «... ante la disparidad de los criterios expuestos entre peritos de titulación semejante se debe dar preferencia a los emitidos por los designados por el Juzgado por coincidir en ellos una presunción de mayor objetividad ...».

«...A los peritos aceptados y pagados por las partes -escribe un conocido monografista- deberá contemplárselos con cierta reserva, ya que cabe la posibilidad de que no se sientan tan obligados a ser objetivos como los expertos designados por el Tribunal o el Ministerio Público... No estaría justificado, sin embargo, sentir hacia ellos verdadero recelo...».

Un buen ejemplo de esta mentalidad lo ofrece la Sentencia 602/2006, de 18 de septiembre, de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Cantabria .

Se discutía, en el recurso, el crédito concedido por resarcimiento de daños psicológicos. La recurrente interesaba que fuese preferido el informe pericial emitido por el profesional por ella designado, a aquel otro elaborado por perito de designación judicial.

El tribunal razona de este modo su decisión de dar prevalencia al perito designado judicialmente:

«... Como suele suceder en este clase de de asuntos, el Tribunal cuenta con pareceres técnicos discrepantes, algunos de los cuales benefician al actor y otros a los demandados. Entre los primeros se encuentran siempre (esa es la experiencia de este Tribunal) los informes periciales realizados por orden del demandante y a su costa, que merecen escaso crédito a este Tribunal, pues quien contrata y paga, suele mandar, vicio de parcialidad del que adolecen también los informes presentados por los demandados, casi siempre complacientes con las propias tesis. Ante tal estado de cosas, la credibilidad que merecen los informes emitidos por los peritos judicialmente designados conforme a un método aleatorio (el previsto en el art. 341 LEC), debe reputarse muy superior a la de los emitidos por peritos privadamente contratados, pues en sede de valoración de prueba, cuando ésta es personal (o, aunque técnica, es prestada por personas), resulta determinante la confianza que el perito suscite en el Tribunal, la cual, a fin de cuentas, deriva de una doble circunstancia: la profesionalidad del perito y, sobre todo, su imparcialidad. La profesionalidad, ciertamente, podemos presumirla en todo persona que posee un título; pero no sucede lo mismo con la imparcialidad, que de una parte queda seriamente cuestionada cuando el perito es contratado y pagado por la parte, y de otra parte queda confirmada cuando no existe ningún vínculo entre parte y perito. Por estas razones, cuando en la causa existe un informe emitido por perito de nombramiento judicial, este Tribunal suele concederle un crédito casi absoluto. Por otra parte, aunque la valoración probatoria de la pericia -como no puede ser de otra forma- corresponda al Juez, y lo sea con arreglo al criterio de la sana crítica, ello no le obliga a convertirse en una suerte de súper-perito, que dé respuesta -necesariamente técnica- a las contradicciones resultantes de los diversos informes, pues tal labor, aparte de ser prácticamente imposible desde el punto de vista científico (la existencia misma de esas contradicciones avala tal imposibilidad), sólo sería factible si el Juez fuera capaz de someter a crítica técnica los diversos informes, para lo cual debería necesariamente contar con bastos conocimientos en la materia. El postulado que mencionamos (la valoración de la prueba pericial conforma a la sana crítica), aunque indiscutible, descansa sobre otro presupuesto igualmente incuestionable, cual es la capacidad de crítica del juzgador, ordinariamente limitada en cuestiones muy técnicas (mejor sería decir limitadísima), limitación que, en principio, debe llevarle a aceptar las conclusiones de aquella clase de peritos, salvo que resulten manifiestamente erróneas o atrevidas (lo que no sucede en el caso de autos). Y es que, aunque encargado de resolver el asunto, el juez sigue siendo, en esa clase de materias, tan ignorante como cualquier ciudadano medio, por lo que si se erigiera alegre y desmedidamente en crítico del técnico, incurriría en evidentes errores de valoración, ya que la valoración y crítica de una prueba pericial requiere unos conocimientos técnicos integrales (todos los que integran la respectiva ciencia; en el caso de autos, nada menos que la psiquiatría y la psicología) de los que el juez carece. Queremos decir con esto que "sana crítica" no puede significar crítica arbitraria, ni superficial, ni frívola; y queremos decir también que una crítica será

necesariamente arbitraria siempre que el juez se inmiscuya en cuestiones técnicas cuyos presupuestos ignore por completo. Este Tribunal, así lo proclama, no está compuesto por médicos, ni siquiera por aficionados a la medicina. Por las antedichas razones, resulta razonable concluir que la fuerza de convicción de una pericia descansa sólo, o casi exclusivamente, en la confianza que el perito pueda despertar en el Tribunal. Aplicando la anterior doctrina al caso de autos, y por las razones antedichas, el único perito que merece verdadero crédito al Tribunal es el judicial, único profesional que carece de vinculación con las partes, y que, al emitir su informe, parece conducirse con verdadera imparcialidad. Aceptamos, por eso, íntegramente las conclusiones de su informe, las cuales no resultan seriamente desvirtuadas por las razones que la recurrente aduce en beneficio propio. En este sentido, y como ya hemos dicho, la única manera de desvirtuar las conclusiones establecidas por el perito judicial, sería demostrando contundentemente que dicho perito yerra, para lo cual se requiere no simplemente la presentación de un informe pericial alternativo, sino la demostración de un error patente por parte del perito de designación judicial, error que este Tribunal no advierte en el dictamen aportado a las actuaciones y obrante a los folios 315 y siguientes. ...».

VIGÉSIMO SÉPTIMO.- Por supuesto, lo anterior deja sin resolver cómo proceder cuando la persuasividad de los dictámenes entre sí contradictorios es equivalente.

Este recelo puede conducir a depurar con especial cuidado la veracidad de los presupuestos de trabajo, la razonabilidad científica objetiva del método y la coherencia lógica de la motivación de las conclusiones del dictamen del perito de parte; pero, por sí solo, no puede convertirse en criterio de atribución de mayor persuasividad. El perito designado por una parte no es más que un profesional en cuya competencia confía ésta. Esa confianza no significa que el perito asuma el compromiso de informar en el sentido más favorable a los intereses de su comitente.

Por eso el artículo 335.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prescribe que «... [a] emitir el dictamen, todo perito [cualquiera que sea la fuente de su habilitación como tal] deberá manifestar, bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como perito. ...».

Consecuentemente, la persuasividad de la peritación encargada por una parte será valorada aplicando las mismas pautas que las que se utilizan para enjuiciar el valor probatorio del perito designado judicialmente, sin que la fuente de su nombramiento pueda ser invocada para desacreditarla.

VIGÉSIMO OCTAVO.- La cualificación profesional resultará de su titulación genérica, y de su especialización en la materia objeto de informe; la complejidad del tema probatorio habrá de tenerse, igualmente, muy en cuenta. Sin embargo, el centro de gravedad reside en la fiabilidad objetiva del dictamen. Se conviene en que el valor de la pericia depende de «...los argumentos que fundamenten su parecer...», y de «...la objetividad de la fundamentación...». «... [Lo] que importa ... son los razonamientos, la concatenación lógica y la fuerza convincente de los argumentos coherentemente anudados en una exposición razonada...». Ante todo, habrá que comprobar si se ciñe a los extremos sometidos a pronunciamiento, y deberá reposar sobre hechos correctos, suficientemente probados. En el modelo procesal del Common Law esta exigencia es fundamental a la hora de valorar la confiabilidad del «expert witness». Influirá asimismo la proximidad, la inmediación de la obtención de los datos en que se basa el informa y la densidad de éstos. la recogida de datos en fecha próxima a su producción y a la ocurrencia del hecho litigioso permite obtener una mayor cantidad de información y garantiza una mayor genuinidad y autenticidad de la conseguida. El paso del tiempo crea el riesgo no sólo de su pérdida sino de su manipulación. La inmediación hace posible que esa información sea de primera mano, percibida directa y personalmente por el perito. La interposición de informadores introduce un riesgo variable de falseamiento (consciente o inconsciente) de la proporcionada por ellos. Los principios técnicos utilizados deben ser merecedores de reconocimiento por su aceptación generalizada en la rama científica, artística o técnica a que se refieren. Una desviación de los criterios dominantes debe resultar suficientemente justificada. La metodología aplicativa de las máximas empleadas ha de ser la adecuada. El órgano jurisdiccional ha de ponderar la coherencia interna del discurso del perito, depurando eventuales contradicciones. La persuasividad de la motivación del dictamen ha de cimentarse sobre su científicidad, lo que obliga a desechar sus posibles componentes irracionales o meramente intuitivos. La opinión generalizada en la bibliografía especializada no puede ser más clara: «...ha llegado el momento de abandonar la intuición para dar paso al método científico...». «... No obstante -se advierte- debemos distinguir con respecto a los efectos vinculatorios de los informes elaborados por los peritos, si nos encontramos ante dictámenes científicos objetivos o de opinión. En el primer caso, la función del especialista radica en verificar un hecho, sin que, en esta concreta clase de pericia, quepa ni pueda hablarse propiamente de opiniones, el Juez queda vinculado

por la conclusión pericial. ... El segundo supuesto (dictamen de opinión) el perito, ya no verifica un hecho susceptible de ser objetivamente constatado, sino que expresa su parecer a los efectos de valorar o apreciar una afirmación fáctica procesalmente trascendente, conforme resulta de lo normado en el art. 335 («valorar hechos o circunstancias relevantes») con la finalidad de que el Juez forme su convicción sobre su realidad, de cuya conclusión el Juez puede disentir, ahora bien, no de forma discrecional, sino críticamente, es decir a través de un juicio motivadamente exteriorizado, regido por los postulados de la lógica y la razón conforme a las máximas de experiencia. ...». La experiencia común enseña que la claridad y firme de las conclusiones del perito son indicio de su fiabilidad.

Las conclusiones del perito -escribe un conocido monografista- han de ser «... claras (para que aparezcan exactas, y el Juez pueda adoptarlas), firmes (para que sean convincentes) y consecuencia lógica de sus fundamentos (para que merezcan credibilidad). El juez, por vía de ampliación o aclaración, podrá tratar de subsanar eventuales deficiencias, antes de rechazar el valor del dictamen ...».

El valor suasorio de las conclusiones estará normalmente condicionado por su firmeza (no incompatible con el reconocimiento de otras alternativas, estableciendo, entonces, las razones de preferencia que condujeron a optar por las presentadas como principales) y su claridad. Una vez enjuiciada independientemente la peritación habrá que contrastarla con el resultado de otras posibles pruebas practicadas en el mismo proceso.

Se trata de algo reconocido jurisprudencialmente desde antiguo. Que la prueba pericial se valorará conjuntamente con los demás elementos de convicción traídos al proceso: documentos, testimonios y otras pericias se admite, por ejemplo, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de marzo del 1987 y de 14 de febrero y 3 de marzo del 1989 .

VIGÉSIMO NOVENO.- Los mismos elementos que permiten el juicio crítico del informe, servirán para resolver la colisión de dictámenes concurrentes, así como con otros medios probatorios: unas veces, para hacer prevalecer un acervo de normas de experiencia sobre otro; otras, para dirimir entre historificaciones divergentes inferidas al aplicar aquéllas a hechos previamente probados por otras vías. A este propósito, adquiere singular relieve la contextualización del resultado de la pericia en el marco de los obtenidos por otras pruebas, con los que aquél sería apreciado conjuntamente. En cualquier caso, se recomienda el análisis comparativo, exhaustivo y concienzudo, de los informes y medios aparentemente contradictorios. Puede ocurrir que las divergencias sean sólo superficiales, o de matiz, o provengan de haber partido de presupuestos fácticos diferentes.

En términos generales, es doctrina jurisprudencial (que sintetiza la Sentencia de 10 de febrero del 1989) que, ante la dualidad de contenido y circunstancias existentes entre dictámenes periciales, es acorde con la racional valoración de la prueba, según las reglas de la sana crítica, conferir preferencia, para formar juicio sobre el problema cuestionado, al informe pericial practicado en autos con todas las garantías de imparcialidad y objetividad, por un profesional cuya especialidad es más acorde con la materia a dictaminar, y provisto de una riqueza superior de elementos de juicio muy expresivos.

TRIGÉSIMO.- Una valoración desapasionada y objetiva de los datos que suministran tanto el informe pericial cuanto los documentos obrantes en las actuaciones, conducen a reputar acertada la conclusión inicial alcanzada por la sentencia de primer grado -que, sin embargo, después modaliza de manera considerable-, habida cuenta que su calidad de alto directivo de Banca, con dilatada experiencia profesional y relevantes responsabilidades le convertían en sujeto dotado de una «... cualificación indiscutible para conocer y comprender la trascendencia de los negocios por él asumidos». Además, frente a lo argumentado en la sentencia recurrida, las afirmaciones efectuadas en su declaración de parte evidencian de modo inequívoco que sus conocimientos técnicos en materia de mercado de valores y productos de inversión son ostensiblemente más elevados que los que dicha resolución le atribuye. En todo caso, lo verdaderamente relevante es que sus cualidades profesionales le permitían comprender las informaciones que se le facilitaron sobre el producto en el que resolvió invertir y conocer en su plenitud el alcance, extensión y consecuencias las características de dicho producto.

TRIGÉSIMO PRIMERO.- Ciertamente asiste la razón a la parte recurrente cuando afirma que la sentencia impugnada incurre en contradicción -y, aunque no se diga, en incongruencia, respecto de lo pedido- por cuanto:

A) La propia sentencia concluye que la inversión controvertida no era de alto riesgo. Así, en el último párrafo de la pág. 7 (f. 1175) se argumenta que: «... Además, como antes se apuntó, la propia oferta de inversión que realiza BANKINTER, SA (docs. 32 y 33 de la demanda) insiste en la seguridad y garantía

ciento por ciento de la inversión y ofrece una rentabilidad solo de 0 ó 6% anual, es decir, objetivamente conservadora, y los propios expertos financieros (Sra. Victoria y D. Moises) califican la inversión en el BONO CUPON EURO/DÓLAR 6% como una inversión conservadora o moderada. Efectivamente, si se analiza la objetividad de la inversión, desprovisto del análisis de quien es su emisor y garante, se aprecia que se prevé la rentabilidad si "el precio final del subyacente fuera igual o inferior al 95% del precio inicial", es decir, se paga una rentabilidad si el dólar baja respecto al euro, pero no aparentemente si fuera superior el cociente euro/dólar, es decir, el precio del subyacente subiera, es decir, si subiera el euro frente al dólar. Con ello aparentemente queda eliminado el "riesgo divisa" pues, dado que todos los intereses personales y económicos de D. Tomás se hallan en la actualidad en zona euro la inversión estaba garantizada si subía el dólar por el propio mayor valor del capital al ser cambiado a euros y, si bajaba el dólar, mediante la rentabilidad de la inversión en los bonos. Es decir, aparentemente una inversión conservadora y destinada a mantener el valor del capital frente a las oscilaciones del cambio dólar a euro».

Y en el párrafo tercero de la pág. 8 (f. 1176) se señala que «... Sin embargo, a la resolución de este debate resulta irrelevante tal cuestionario, pues define un perfil agresivo y con asunción de riesgo de pérdida de capital "a cambio de una muy alta rentabilidad" no solo ya se ha concluido que el perfil del Sr. Tomás no era desde luego agresivo, sino que precisamente tampoco el BONO CUPON EURO/DÓLAR 6% respondía a tales características, pues en teoría, según su propia oferta y guía orientativa, ni tenía riesgo de capital ni tampoco su rentabilidad era muy elevada, pues rondaba o en nada o en el 6-9 anual, según su propia manifestación de escenarios, y coinciden el perito Sr. Moises y el experto de Bankinter D. Moises en que los bonos eran conservadores y de g moderado riesgo»

TRIGÉSIMO SEGUNDO.- En relación con el error y el dolo, el artículo 1.265 del Código Civil declara nulo el consentimiento prestado por error o dolo, exigiendo el artículo 1266 que, para que el error invalide el consentimiento debe 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.

El error constituye un falso conocimiento de la realidad, capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida, y para que pueda provocar la nulidad relativa del contrato, debe reunir los dos siguientes fundamentales requisitos: 1.- Que sea sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga, referida a las cualidades esenciales de la cosa (entre otras muchas STS de 17 de mayo de 1.988 y 4 de diciembre de 1.990), no pudiendo nunca constituir este vicio, el mero error de cálculo, o de las previsiones o combinaciones negociales (STS de 27 de mayo de 1.982 , 17 de octubre de 1.989). 2.- Sobre no ser imputable a quien lo padece, el referido error no debe haber podido ser evitado mediante el empleo, por el que afirma haberlo padecido, de una diligencia media o regular, teniendo en cuenta la condición de las personas, no sólo del que lo invoca, sino de la otra parte contratante, cuando el error pueda ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o la conducta de ésta (STS de 4 de diciembre de 1.994 y 21 de mayo de 1.997 , señaladamente). Diligencia que habrá de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte, que la merece por la confianza infundida por la declaración (STS de 28 de septiembre de 1.996). En la STS de 21 de junio de 1.978 se señala que la exigencia del requisito de la excusabilidad del error de un contratante se base además de en el principio de la responsabilidad, en los de protección de la buena fe y seguridad en el comercio jurídico, pues hay que entender que el principio de responsabilidad negocial entraña el deber de informarse por razones de seguridad jurídica antes de comprometerse.

TRIGÉSIMO TERCERO.- A su vez, dichos vicios han de ser apreciados con extraordinaria cautela y con carácter excepcional o restrictivo, en aras a la seguridad jurídica y al fiel y exacto cumplimiento de lo pactado, por lo que la carga de la prueba incumbe a quien lo alega, y debe quedar cumplidamente probado. (STS de 30 de junio de 1.988 y 4 de diciembre de 1.990 , entre otras).

Como se cuidó de precisar la STS, Sala Primera, núm. 129/2010, de 5 de marzo (RC núm. 2559/2005 ; Roj: STS 984/2010; Pte.: Excmo. Sr. O'Callaghan Muñoz, X.):

«... El dolo es definido en el *artículo 1269 del Código civil* y lo centra en palabras o maquinaciones insidiosas para mover la voluntad de la otra parte, inducida por el error provocado. Cuyas palabras o maquinaciones pueden tener carácter positivo o ser de tipo negativo en el sentido de la reticencia o silencio ante una situación que razonablemente podía pensarse lo contrario. Así, al venderse a una empresa constructora un solar para construir y silenciar que unos informes técnicos han acreditado que no era apto

para construir en él, las sentencias de instancia y esta Sala entienden que concurre la existencia de dolo, en el concepto indicado. Aquellos datos de hecho han sido probados y esta apreciación jurídica es confirmada. Entre los hechos que se han declarado probados no se hallan ni los signos externos que pudieran hacer pensar en la existencia de la dolina, ni la cualificación profesional de la compradora que le permita conocerla, sino que la reticencia o silencio fue determinante de la declaración de la voluntad de comprar, que, de conocer la existencia de la dolina, no habría hecho.

Determinación de la voluntad que destacan las *sentencias de 11 de mayo de 1993, 29 de marzo de 1994, 29 de diciembre de 1999* y, asimismo, advierten que no sólo manifiestan el dolo la "insidia directa o inductora de la conducta errónea de otro contratante sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe" y lo reitera la de 27 de noviembre de 1998 y añade la de 11 de diciembre de 2006 que también constituye dolo "la reticencia consistente en la omisión de hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión del contrato y respecto de los que existe el deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico". Y la de 26 de marzo de 2009 dice: "...el llamado dolo negativo, por haber infringido el deber de informar al comprador de las vicisitudes administrativas del negocio tramitado, deber éste impuesto por la buena fe, entendida ésta como deber precontractual". Y la de 25 de abril de 2009: "...un supuesto de reticencia dolosa, en que una de las partes calla o no advierte debidamente a la contraparte, en pugna con el deber de informar exigible por la buena fe". Y, por último la de 5 de mayo de 2009 añade: "en cualquier caso, siempre cabría estimar, como hacen las sentencias de instancia, la concurrencia de dolo negativo o por omisión, referido a la reticencia del que calla u oculta, no advirtiendo debidamente, hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión contractual (SS., entre otras, 29 de marzo y 5 de octubre de 1.994 ; 15 de junio de 1.995 ; 19 de julio y 30 de septiembre de 1.996 ; 23 de julio de 1.998 ; 19 de julio y 11 de diciembre de 2.006 ; 11 de julio de 2.007 ; 26 de marzo de 2.009), pues resulta incuestionable que la buena fe, lealtad contractual y los usos del tráfico exigían, en el caso, el deber de informar (SS. 11 de mayo de 1.993 ; 11 de junio de 2.003 ; 19 de julio y 11 de diciembre de 2.006 ; 3 y 11 de julio de 2.007 ; 26 de marzo de 2.009)". ».

TRIGÉSIMO CUARTO.- Por su parte, como destaca la SAP de Madrid, Secc. 19.^a, núm. 335/2011, de 7 de julio (ROJ: SAP M 12248/2011; RA núm. 416/2011; Pte: Ilmo. Sr. Ruiz Jiménez, R.):

«... El dolo, viene definido en el artículo 1269 del Código Civil, a cuyo tenor «hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de una de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho», precisándose en el art. 1.270 CC, que «para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes», preceptos que han sido interpretados por reiterada jurisprudencia en el sentido de que «El dolo, según cabe desprender de la redacción del art. 1269 CC, comprende no sólo la insidia directa o inductora del error en el otro contratante, sino también la reticencia del que calla o no advierte cuando tenía el deber de informar, que exige la buena fe, y para su concurrencia son precisos los siguientes requisitos:

a) Una maquinación engañosa o una conducta insidiosa, que tanto puede consistir en una conducta activa cuanto omisiva - reticencia en la omisión de hechos-, dirigida a provocar la declaración negocial, que determine a la voluntad de la otra parte a realizar el negocio, que de otro modo, no hubiese realizado.

b) Que esa voluntad quede viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento, a causa del engaño o coacción u otra insidiosa influencia.

c) Que sea grave, es decir, que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto negocial, o sobre las condiciones que hubieran motivado su celebración, si se trata de anular el contrato.

d) Que no haya sido causado por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes (Cfr. TS SS. 29 de Mar. 1994 y 18 Mar. y 9 Sep. 1996)».

La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2010, refiriéndose al dolo, enseña, que "El dolo es definido en el artículo 1269 del Código civil y lo centra en palabras o maquinaciones insidiosas para mover la voluntad de la otra parte, inducida por el error provocado. Cuyas palabras o maquinaciones pueden tener carácter positivo o ser de tipo negativo en el sentido de la reticencia o silencio ante una situación que razonablemente podía pensarse lo contrario. Así, al venderse a una empresa constructora un solar para construir y silenciar que unos informes técnicos han acreditado que no era apto para construir en él, las sentencias de instancia y esta Sala entienden que concurre la existencia de dolo, en el concepto indicado. Aquellos datos de hecho han sido probados y esta apreciación jurídica es confirmada. Entre los hechos que se han declarado probados no se hallan ni los signos externos que pudieran hacer pensar en la existencia de la dolina, ni la cualificación profesional de la compradora que le permita conocerla, sino que la reticencia

o silencio fue determinante de la declaración de la voluntad de comprar, que, de conocer la existencia de la dolina, no habría hecho.

Determinación de la voluntad que destacan las sentencias de 11 de mayo de 1993 , 29 de marzo de 1994 , 29 de diciembre de 1999 y, asimismo, advierten que no sólo manifiestan el dolo la "insidia directa o inductora de la conducta errónea de otro contratante sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe" y lo reitera la de 27 de noviembre de 1998 y añade la de 11 de diciembre de 2006 que también constituye dolo "la reticencia consistente en la omisión de hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión del contrato y respecto de los que existe el deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico" . Y la de 26 de marzo de 2009 dice: "...el llamado dolo negativo, por haber infringido el deber de informar al comprador de las vicisitudes administrativas del negocio tramitado, deber éste impuesto por la buena fe, entendida ésta como deber precontractual". Y la de 25 de abril de 2009: "...un supuesto de reticencia dolosa, en que una de las partes calla o no advierte debidamente a la contraparte, en pugna con el deber de informar exigible por la buena fe". Y, por último la de 5 de mayo de 2009 EDJ 2009/72810 añade: "en cualquier caso, siempre cabría estimar, como hacen las sentencias de instancia, la concurrencia de dolo negativo o por omisión, referido a la reticencia del que calla u oculta, no advirtiendo debidamente, hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión contractual.

En cuanto al error como vicio del consentimiento, dice la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1978 que «para que el error en el consentimiento invalide el contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 1265 del Código Civil es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración - artículo 1266.1º del Código Civil y sentencias de 16 de octubre de 1923 y 27 de octubre de 1964 -, que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar - sentencias de 1 de julio de 1915 y 26 de diciembre de 1944 -, que no sea imputable a quien lo padece - sentencias de 21 de octubre de 1932 y 16 de diciembre de 1957 - y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado - sentencias de 14 de junio de 1943 y 21 de mayo de 1963 -»; de otra parte, como recoge la sentencia de 18 de febrero de 1994 , según la jurisprudencia para ser invalidante el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable, requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los requisitos de auto- responsabilidad y buena fe, este último consagrado hoy en el artículo 7 del Código Civil ; es inexcusable el error (sentencia 4 de enero de 1982 , cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida en la declaración. Finalmente, ha de señalarse que, como establece la sentencia de 30 de mayo de 1991 , la apreciación del error sustancial en los contratos ha de hacerse con criterio restrictivo cuando de ello dependa la existencia del negocio; apreciación que tiene un sentido excepcional muy acusado (sentencias de 8 de mayo de 1962 y 14 de mayo de 1968 , anteceditas y seguidas por otras en el mismo sentido); ya que el error implica un vicio del consentimiento y no una falta de él; el error ha de ser probado por quien lo alega...».

TRIGÉSIMO QUINTO.- B) En efecto, la parte actora en su demanda no sostuvo que desconociera que el emisor de los bonos fuera la entidad Lehmann Brothers; y sí únicamente, que consideró a «Bankinter, SA» garante de dichos bonos.

Los términos literales tanto de la ficha comercial cuanto de la orden de compra no abonan dicha intelección.

En orden a proceder al examen de tales documentos a fin de determinar el genuino alcance y consecuencias, ha de ponerse de manifiesto con carácter previo, como lo hacen las S. S.T.S. de 4 y 10 de marzo de 1986 , 15 de abril y 20 de diciembre de 1988 y 12 de junio de 1990 , entre otras, que el primer criterio interpretativo a tener en cuenta es el literal, recogido en el párrafo 1.º del artículo 1.281 del Código civil , aplicable cuando son claros los términos examinados, sin ofrecer duda racional de la voluntad de las partes; teniendo carácter supletorio la regla hermenéutica contenida en el párrafo 2.º, que se complementa con la del artículo 1.282 C.C ., de modo que la averiguación del sentido y alcance de lo expresado o pactado a fin de conocer la verdadera intención de las partes, prevista en éste último se aplicará únicamente cuando, conforme al artículo 1.281, las palabras usadas en el contrato pareciesen contrarias

a aquélla intención, función interpretativa que no sólo ha de proyectarse sobre la literalidad y expresiones externas de los negocios o convenios, sino que debe abarcar, para determinar la real intención de los sujetos concernidos o contratantes, al conjunto de lo expresado, con atención a los hechos coetáneos y posteriores, ya que si las relaciones contractuales surgen por la expresión del consentimiento de los interesados, en el objetivo de traducir en actos y realidades de lo convenido, puede suceder que se aparte su puesta en práctica respecto de lo estipulado, de ahí que el Código Civil, de manera previsoramente, disponga en su artículo 1.285 que los contratos, desde su perfección, no sólo obligan al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas sus consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley.

TRIGÉSIMO SEXTO.- Desde esta perspectiva, y encaminada la labor interpretativa de los actos y negocios jurídicos a indagar el sentido de una declaración de voluntad expresiva del querer o intención real, la regla instrumental básica para efectuar la exégesis está contenida en el párrafo 1.º del artículo 1.281 del Código Civil, de la que, como se ha indicado, son subsidiarios o supletorios los criterios prevenidos en el párrafo 2.º y en los artículos siguientes del mismo Cuerpo legal sustantivo (S. S.T.S., Sala Primera, de 22 de marzo de 1950, 19 de febrero de 1981, 30 de marzo, 30 de abril, 17 de julio, 15 y 28 de diciembre de 1982, 16 de febrero de 1983, 4 de junio y 9 de octubre de 1985, 4 de marzo de 1986, 1 de julio, 26 de noviembre y 16 de diciembre de 1987, entre otras). A tenor del referido precepto ha de atenderse el intérprete al sentido literal de lo manifestado siempre que el texto se ofrezca con la claridad que la norma exige (S. S.T.S., Sala Primera, de 2 y 23 de febrero, 27 de marzo, 16 de noviembre y 12 de diciembre de 1981, 28 de diciembre de 1982, 16 de febrero y 14 de mayo de 1983, 20 de febrero de 1984, 5 de febrero, 14 y 29 de mayo, 17 y 24 de junio, 2 de julio, 18 de septiembre y 13 de noviembre de 1985, 4 de marzo de 1986 y 1 de abril de 1987, entre otras), puesto que las palabras son el medio de expresión del pensamiento (S. S.T.S., Sala Primera, de 4 de diciembre de 1963, 13 de febrero de 1964, 3 de mayo y 22 de junio de 1984, entre otras), de suerte que la finalidad del precepto radica en evitar que se tergiversen lo que aparece claro por virtud de las palabras empleadas.

Recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 18 mayo 2006 que "La doctrina jurisprudencial más general ha señalado que las normas o reglas de interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil, constituyen un conjunto o cuerpo subordinado y complementario entre sí, de las cuales, tiene rango preferencial y prioritario la correspondiente al párrafo primero del artículo 1281 del Código Civil, de tal manera, que si la claridad de los términos de un contrato no dejan dudas sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas de los artículos siguientes, que vienen a funcionar con carácter subsidiario, respecto a la que preconiza la interpretación literal (sentencias del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1991, 1 de julio de 1997 y 23 de enero de 2003)". En igual sentido las sentencias de 18 de julio de 2002, 25 de marzo de 2004, 14 de diciembre de 2005 ó 2 de febrero de 2006.

Ello no obstante y como también señala la sentencia de 28 noviembre 1997: "El artículo 1281 del Código Civil es la primera y principal norma hermenéutica subjetiva en el área contractual, cuyo origen, de una manera muy clara, se encuentra en el derecho romano y que puede plasmarse de una manera resumida, pero no totalmente exacta, en el aforismo «in claris non fit interpretatio». La doctrina jurisprudencial, aun partiendo de la base de afirmar como indiscutible, al interpretar dicho precepto, la preferencia del sentido literal de los términos de un contrato en caso de una claridad esencial, sin embargo la matiza en el sentido de la obligación de tener en cuenta otros datos, como es el de la conducta completa de los contratantes, constituida por sus actos anteriores, coetáneos y posteriores al contrato, y aquí hace entrar en juego el artículo 1282 de dicho Código, para conocer su voluntad (sentencias de 17 mayo 1976 y 28 junio 1976, entre otras)".

TRIGÉSIMO SÉPTIMO.- Así, siendo cierto que sentar la claridad de un texto supone un prejuicio, una estimación previa por el intérprete de la claridad o de la univocidad y sencillez de lo examinado, de su ausencia de problematicidad, también lo es que tal regla ha de ser aplicada de modo natural e incondicionado cuando haya real armonía entre las palabras («verba») y su significado final, orgánico o relacional con el contexto, con la estructura teleológica y pragmática del mismo, de tal modo que esa correspondencia lógica excuse o haga innecesaria la búsqueda del sentido total del texto o documento.

Esto es, cuando del contrato sometido a análisis no se siga indicio de duda o ambigüedad o no aparezca contradicha otra eventual voluntad que la manifestada a través de los términos consignados en aquél, surge el deber para el intérprete de abstenerse de más indagaciones («quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio» -D. III,32,1-), en coherencia con la regla según la cual las palabras, sin son «verba simpliciter» deben entenderse en su natural significado holgando la investigación y la admisión de cuestión alguna sobre cualquiera otra voluntad (S. S.T.S., Sala Primera, de 20 de febrero, 3 de mayo, 22 de junio y 16 de diciembre de 1984, 17 de junio de 1985 y 7 de julio de 1986).

TRIGÉSIMO OCTAVO.- Las normas o reglas interpretativas contenidas en los arts. 1281 a 1289, ambas inclusive del Código Civil, constituyen un conjunto o cuerpo subordinado y complementario entre sí de las cuales tiene rango preferencial y prioritario la correspondiente al primer párr. del art. 1281, de tal manera que si la claridad de los términos de un contrato no dejan duda sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas contenidas en los artículos siguientes que vienen a funcionar con el carácter de subsidiarias respecto de la que preconiza la interpretación literal, y todo ello resulta coincidente con la reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS de 2 de noviembre de 1983, 3 de mayo y 22 de junio de 1984, 10 de enero, 5 de febrero, 2 de julio y 18 de septiembre de 1985, 4 de marzo, 9 de junio y 15 de julio de 1986, 1 de abril y 16 de diciembre de 1987, 20 de diciembre de 1988 y 19 de enero de 1990, entre otras). En todo caso, es claro que cualquier oscuridad debe interpretarse siempre en perjuicio de la parte que ha confeccionado o a instancias de la cual se ha incluido la cláusula que incurra en oscuridad o suscite incertidumbre.

TRIGÉSIMO NOVENO.- En primer término, porque la afirmación según la cual la falta de indicación expresa de qué sujeto era garante de la operación no permite concluir que lo fuera «Bankinter, SA» porque sería una conclusión contraria con lo prevenido de forma terminante en el art. 1827 CC, de acuerdo con el cual la fianza debe ser expresa.

Pero tampoco cabe extraer aquélla del empleo de la expresión «tenemos el capital garantizado a vencimiento», referida la primera persona del plural del verbo tener -« *tenemos* »- a la entidad comercializadora, por más que esta se encabezara con el membrete de «Bankinter, SA», cuando con el empleo de esa voz en la ficha comercial del producto, señaladamente, en el apdo. «ventajas» se hace referencia al potencial inversor: «... **obtendremos** un 6%...»; «... **nos encontramos** en máximos en el tipo de cambio Euro/Dólar...»; «... **tenemos** el capital garantizado...». Nada, pues, acerca de que la «apariencia» pudiera inducir a la parte actora a considerar que la identidad del sujeto que, en su caso, asumía la garantía de la operación que constatadamente era «Lehman» fuera «Bankinter, SA».

CUADRAGÉSIMO.- Ciertamente, no puede compartirse la argumentación de la sentencia de primer grado a propósito de la actuación consciente y deliberadamente arto, engañoso o fraudulento de influir en la parte actora una falsa creencia para consentir la contratación de un producto financiero con una voluntad anómalamente formada.

Cuestión distinta es que de la apreciación combinada de los medios de prueba practicados no queda evidenciada la observancia por la entidad demandada de la obligación de informar a la parte actora, previamente y con el suficiente detalle, de las características del producto financiero finalmente contratado, de modo que aquél adquiriera el suficiente conocimiento de todas sus características y consecuencias, como se desprende del vigente artículo 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, adicionado por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, de acuerdo con el cual:

«1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.

2. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales.

3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes.

La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado.

La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias.

4. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

5. Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes.

6. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; 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. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente.

7. Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, 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 concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente.

Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

Las advertencias previstas en este apartado se podrán realizar en un formato normalizado.

8. Cuando la entidad preste el servicio de ejecución o recepción y transmisión de órdenes de clientes, con o sin prestación de servicios auxiliares, no tendrá que seguir el procedimiento descrito en el apartado anterior siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

Que la orden se refiera a acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; a instrumentos del mercado monetario; a obligaciones u otras formas de deuda titulizadas, salvo que incorporen un derivado implícito; a instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo y a otros instrumentos financieros no complejos. Se considerarán mercados equivalentes de terceros países aquellos que cumplan unos requisitos equivalentes a los establecidos en el Título IV. La Comisión Europea publicará una lista de los mercados que deban considerarse equivalentes que se actualizará periódicamente.

Tendrán la consideración de instrumentos financieros no complejos, además de los indicados expresamente en el párrafo anterior, aquellos en los que concurran las siguientes condiciones:

que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho 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;

que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento;

que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características. Esta información deberá ser comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento.

No se considerarán instrumentos financieros no complejos:

los valores que den derecho a adquirir o a vender otros valores negociables o que den lugar a su liquidación en efectivo, determinada por referencia a valores negociables, divisas, tipos de interés o rendimientos, materias primas u otros índices o medidas;

los instrumentos financieros señalados en los apartados 2 a 8 del artículo 2 de esta Ley;

que el servicio se preste a iniciativa del cliente;

que la entidad haya informado al cliente con claridad de que no está obligada a evaluar la adecuación del instrumento ofrecido o del servicio prestado y que, por tanto, el cliente no goza de la protección establecida en el apartado anterior. Dicha advertencia podrá realizarse en un formato normalizado;

que la entidad cumpla lo dispuesto en la letra d del apartado 1 del artículo 70 y en el artículo 70 ter.1.d.».

CUADRAGÉSIMO PRIMERO.- En este sentido, la SAP de Illes Balears, Secc. 5.^a, de 21 de marzo de 2.011 , con cita de la SAP de Asturias de 27 de enero de 2.010 se cuidó de precisar que:

«... el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación exigible. Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia pero sorprende, sobre todo, el prolijo desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual [...]. Esta especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño de dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan con las entidades financieras, y a cuyo sector concurren los consumidores, de forma masiva, tanto para la celebración de contrato mas simples, como la apertura de una cuenta, como a los mas complejos, como los productos de inversión con lo que se pretende rentabilizar los ahorros, saliendo al paso de ese modo de la cultura del "donde hay que firmar" que se había instalado en este ámbito.

Lo relevante, por tanto, es que la labor de asesoramiento de las entidades financieras sea personalizada, teniendo en cuenta y siempre, las circunstancias, personales y económicas que concurren y le son expuestas por sus clientes, de modo que suministrada al cliente toda la información necesaria, la decisión de adquirir unos u otros productos, es decir, la valoración de su adaptación a sus necesidades concretas, le corresponde exclusivamente a él y no al asesor, pues si bien es cierto, como apunta la SAP de Barcelona de 4 de diciembre de 2009 , que "no puede exigirse un resultado concreto de la obligación derivada del contrato, puesto que en todo caso quien tiene la última palabra sobre la inversión es el cliente, no lo es menos que la decisión del inversor sólo puede correr con los riesgos de la operación si el gestor le informa de todos los extremos por él conocidos, que puedan tener relevancia para el buen fin de la operación, en otras palabras, sólo puede hacerse responsable al cliente del desafortunado resultado de la inversión si el gestor en su comisión, ha desempeñado sus obligaciones diligentemente... y a fin de determinar la manera en que dicha información, debe hacerse llegar a sus clientes de forma adecuada, los apartados 6 y 7 del mismo precepto (art. 79 LMV) establecen la obligación por parte de la entidad, en función del tipo de prestación ofrecida, de obtener información sobre el cliente, sus conocimientos y experiencia en el ámbito de la inversión».

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO.- A su vez, también la SAP de Illes Balears, Secc. 5.^a, de 21 de junio de 2.011 , al referirse a la Ley del Mercado de Valores, subrayó que:

«... La denominación que ha recibido esta normativa -normas de transparencia- resulta expresiva de una de sus finalidades, la de prestar una información adecuada a la clientela de las entidades de crédito, de forma que el cliente tenga o pueda tener una idea clara del contenido del contrato, en el momento de su celebración y durante su periodo de duración, puesto que la expresión "transparencia", en el ámbito contractual, se utiliza cuando de los términos expresados en la formalización de los contratos se deducen con claridad cuáles son las obligaciones que nacen para cada una de las partes que intervienen en ellos.

El derecho de información del cliente se considera, pues, como la forma más importante de la libertad contractual. Por ello tales normas intentan establecer los medios para que las condiciones contractuales, en un sector tan complejo como el de los servicios financieros, sean comprensibles para el cliente medio, es decir, presenten unas adecuadas condiciones de transparencia.

Sin embargo, la existencia de estas normas no se justifica por una exclusiva finalidad de protección de la parte contratante, con mayor déficit de información. Es necesario contextualizar este tipo de normas que disciplinan la participación de determinados agentes económicos en la posición oferente del mercado de crédito. Por lo tanto, en última instancia, constituyen una regulación profesional ordenada a sentar las bases para conseguir una mayor competencia entre las entidades, objetivo éste que aparece claramente enunciado en la propia Exposición de Motivos de la Orden de 12-XII-1989 en una sencilla frase que anuda ambos conceptos, mejor información y mayor competencia, en una relación de causa-efecto».

CUADRAGÉSIMO TERCERO.- En relación con la carga de la prueba, la SAP de Illes Balears, Secc. 5.^a, de 2 de septiembre de 2011 , con cita de la SAP de la misma Sala de 21 de marzo de 2.011 , señaló que:

«... Se ha de tener igualmente en cuenta, y de partida, que en relación con el "onus probandi" del correcto asesoramiento e 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).

Las entidades son las que diseñan los productos y las que los ofrecen a sus clientes y, por ello, deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera del cliente a fin de que éste comprenda el alcance de su decisión, si es o no adecuada a sus intereses y se le va a poner o colocar en una situación de riesgo no deseada; pues, precisamente, la formación de voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe obtener toda la información necesaria para poder valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se contrata responde a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquellos a los que se obliga y de lo que va a recibir a cambio. Resulta, además, que en el caso no se ha probado que los actores sean personas expertas en temas bursátiles y a quienes además cabe considerarlos como consumidores y usuarios de los servicios bancarios por lo que resulta de aplicación toda la normativa protectora que al efecto se contempla en la LGDCU, es especial el artículo 2.1 que establece, con carácter general, que es un derecho básico del consumidor la información correcta sobre los diferentes productos o servicios. Y aún siendo cierto que toda operación de inversión comporta un riesgo, también lo es que la asunción de ese riesgo sólo puede admitirse si el cliente contaba con toda la información necesaria".

La SAP de Valencia Sec 9 de 30.10.2.008 alude a que la "especial complejidad del sector financiero - terminología, casuismo, constante innovación de las fórmulas jurídicas, transferencia de riesgos a los clientes adquirentes...- dotan al mismo de peculiaridades propias y distintas respecto de otros sectores, que conllevan la necesidad de dotar al consumidor de la adecuada protección tanto en la fase precontractual -mediante mecanismos de garantía de transparencia de mercado y de adecuada información al consumidor (pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación)- como en la fase contractual -mediante la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales, a fin de que la relación guarde un adecuado equilibrio de prestaciones- como finalmente, en la fase postcontractual, cuando se arbitran los mecanismos de reclamación. La Ley de Mercado de Valores y el Código General de Conducta de los Mercados de Valores, en lo relativo a la información a suministrar al cliente, considera que las entidades deben ofrecer y suministrar a sus clientes toda la información relevante para la adopción por ellos de las decisiones de inversión, dedicando el tiempo y la atención adecuada para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. Con arreglo a tal normativa, la información debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y haciendo expreso hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo a fin de que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata".».

CUADRAGÉSIMO CUARTO.- En el caso de autos la propia resolución apelada la que considera que la entidad demandada no cumplió su deber de información -al menos, así no se ha probado- que le competía de acuerdo con la prueba documental practicada en las actuaciones acerca de la adecuación y suficiencia de la información facilitada sobre el producto contratado y de la situación económica de la emisora y garante era harto cuestionable ya en la fecha de la orden de compra, con un riesgo que no podía ser desconocido por los empleados de la entidad bancaria demandada, y su omisión determinó que la voluntad de la parte actora se formase de modo erróneo sobre la rentabilidad del producto y la solvencia del emisor. Importa destacar que las medidas preventivas se orientan a que la entidad financiera forme de modo idóneo la voluntad del cliente a fin de que con la totalidad de los datos en presencia adopte una decisión fundada, abstracción hecha de su acierto o yerro.

Si bien, como se ha indicado con anterioridad, se ha de discrepar de que esa falta de información fuera intencional, como colige la resolución recurrida del solo dato de que la cualificación profesional de los Sres. Moises , Jose Manuel y Adriano no hace concebible el olvido, y ser únicamente calificable como constitutiva de error, lo que excluye la pretendida mala fe de la parte actora. En virtud de las razones expuestas procede confirmar la parte dispositiva de la resolución recurrida -correcta asimismo en cuanto a que como comercializadora alcanzan a la demandada las consecuencias de la nulidad (cfr. STS de 17 de junio de 2010)-



en virtud del efecto útil del recurso, aun cuando difiera en cierta medida la fundamentación jurídica de la presente sentencia.

CUADRAGÉSIMO QUINTO.- De conformidad con lo prescrito en el art. 398 LEC 1/2000 se ha de imponer a la parte recurrente vencida la condena al pago de las costas procesales ocasionadas en la sustanciación de esta alzada.

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

III. F A L L A M O S

En méritos de lo expuesto, y con **DESESTIMACIÓN** del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil «Bankinter, SA» frente a la sentencia dictada en fecha 3 de junio de 2011 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 37 de los de Madrid en los autos de proceso de declaración seguidos ante dicho órgano por los trámites del procedimiento ordinario con el núm. 0820/2010, procede:

1.º CONFIRMAR íntegramente la parte dispositiva de la expresada resolución en virtud del efecto útil del recurso.

2.º CONDENAR a la parte recurrente vencida al pago de las costas procesales ocasionadas en la sustanciación de esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes en forma legal previniéndolas que frente a la misma no cabe interponer recurso alguno ordinario, debiendo estarse, en relación con los extraordinarios a lo prevenido en la Disposición Final Decimosexta de la LEC 1/2000 .

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación literal y autenticada al Rollo de Sala núm. 707/2011, lo pronunciamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo.