



Roj: **SAP PO 217/2017 - ECLI: ES:APPO:2017:217**

Id Cendoj: **36057370062017100052**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vigo**

Sección: **6**

Fecha: **03/02/2017**

Nº de Recurso: **37/2016**

Nº de Resolución: **50/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JAIME CARRERA IBARZABAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00050/2017

N10250

C/LALÍN, NÚM. 4 - PRIMERA PLANTA - VIGO

Tfno.: 986817388-986817389 Fax: 986817387

BN

N.I.G. 36045 41 1 2014 0000554

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000037 /2016

Juzgado de procedencia: XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.2 de REDONDELA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000232 /2014

Recurrente: BANCO SANTANDER, S.A.

Procurador: BERNARDO ALFAYA GONZALEZ

Abogado: ANTONIO MORALES PLAZA

Recurrido: Inocencia

Procurador: ERMINIA ALONSO SOLIÑO

Abogado: MARIA EUGENIA REDONDO FERNANDEZ

LA SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SEDE VIGO, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados DON, JAIME CARRERA IBARZABAL, Presidente, DOÑA MAGDALENA FERNANDEZ SOTO y D. EUGENIO FRANCISCO MIGUEZ TABARES han pronunciado la siguiente:

SENTENCIA núm. 50/17

En Vigo, a tres de febrero de dos mil diecisiete.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sede Vigo, los autos de Juicio Ordinario 232/2014, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA NUMERO DOS DE REDONDELA a los que ha correspondido el núm. de Rollo de apelación 37/2016, en los que es parte **apelante:** la entidad demandada **BANCO SANTANDER, S.A.**, representada por el Procurador D. Bernardo Alfaya González y asistido del letrado D. Antonio Morales Plaza y, **apelada:** la demandante **Dª Inocencia**, representada por el procuradora Dª Erminia Alonso Soliño y asistida de la letrado Dª Eugenia Redondo Fernández.

Siendo Ponente el Ilmo. Magistrado D. JAIME CARRERA IBARZABAL, quien expresa el parecer de la Sala.



ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Redondela, se dictó sentencia con fecha 14 de setiembre de 2015, en el procedimiento del que dimana este recurso, cuyo fallo textualmente dice:

" ESTIMO la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Alonso Soliño, en nombre y representación de Dña Inocencia, y dispongo:

Declaro la nulidad de la orden de adquisición de participaciones preferentes SOS CUETARA de 28 de noviembre de 2006, suscrita por la demandante y su esposo ya fallecido con la entidad demandada, y en consecuencia condeno a "BANCO SANTANDER, S.A. a devolver a Dña Inocencia la cantidad de ciento cincuenta mil (150.000) euros en concepto de capital invertido en las participaciones preferentes anteriormente referidas, debiendo por su parte la demandante restituir al "BANCO SANTANDER" los títulos valores objetos del presente pleito o, en su caso, los títulos por los que aquéllos hubiesen sido sustituidos.

Asimismo, condeno a "BANCO SANTANDER,S.A" a abonar a Dña Inocencia los intereses que para las imposiciones a plazo fijo pagaba la demandada en la fecha en que suscribieron las participaciones preferentes SOS CUETARA, intereses que se entenderán devengados desde la fecha de la orden de suscripción, debiendo por su parte Dña Inocencia restituir a "BANCO SANTANDER, S.A." los intereses que éste les abono como rendimientos netos de los productos financieros por ella adquiridos.

Condeno a "BANCO SANTANDER,S.A" al pago de las costas causadas en esta instancia ."

Segundo.- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Banco Santander, S.A. que fue admitido a trámite y, conferido el oportuno traslado, se formuló oposición al mismo por la parte contraria.

Tercero .- El Magistrado ponente D. EUGENIO FRANCISCO MIGUEZ TABARES emite Voto Particular, por lo que según lo dispuesto en el art. 203 de la L.E.C. se designa Ponente de éste recurso al Magistrado D. JAIME CARRERA IBARZABAL.

Cumplimentados los trámites legales y elevadas las actuaciones a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial para la resolución el recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala. Se señaló el día 26/1/2017 para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Caducidad de la acción de nulidad.

1. Con fecha 28 de noviembre de 2006, D. Jose Enrique y D.ª Inocencia, suscribieron con la entidad "Banco Santander Central Hispano S. A." unas órdenes de compra o suscripción de valores denominados "SOS Cuétara Preferentes S. A. U." por un importe nominal total, respectivamente, de 100.000 y 50.000 euros, señalándose en ambas, como fecha de recompra el 31 de diciembre de 2050.

En síntesis, los inversores recibieron los siguientes rendimientos, en concepto de abono del cupón relativo a las participaciones preferentes contratadas:

- marzo 2007 2.297,64 euros.
- junio 2007 2.297,64 euros.
- julio 2007 51,24 euros.
- septiembre 2007 2.081,84 euros.
- diciembre 2007 2.239,81 euros.
- marzo 2008 2.284,72 euros.
- junio 2008 2.240,29 euros.
- septiembre 2008 2.336,78 euros.
- diciembre 2008 2.320,36 euros.
- marzo 2009 1.723,05 euros.
- junio de 2009 1.284,01 euros.

2. El suplico del escrito de demanda solicitaba:



" Se declare radicalmente nulo el contrato de suscripción o adquisición de participaciones preferentes Sos Cuétara de fecha 28 de noviembre de 2006, por nominal de 150.000 euros y se condene a la demandada a devolver a la actora la suma de 150.000 euros, con los intereses que para la imposición a plazo fijo pagaba la demandada en esa fecha, desde la fecha de 28 de noviembre de 2006, hasta la fecha de la sentencia, intereses que serán los legales incrementados en dos puntos desde esta última fecha hasta la del completo pago. La parte demandante deberá devolver al demandado la suma que, en su caso, hubiere percibido de las liquidaciones efectuadas derivado de las participaciones preferentes de litis, con los intereses pactados en la imposición a plazo fijo desde las respectivas liquidaciones periódicas hasta la fecha de la sentencia.

Subsidiariamente, se declare nulo el contrato, ordenando a la actora entregar al Banco Santander las cantidades que por intereses derivados del referido contrato hallan percibido y condene al Banco de Santander S. A. a devolver a la actora la cantidad de 150.000 euros más los intereses legales desde la reclamación judicial hasta el completo pago ".

Ciertamente nos hallamos ante una acción de anulabilidad en cuanto que el vicio denunciado afecta al consentimiento (error o dolo) pero el contrato realmente existe. De ahí que, efectivamente, la norma aplicable sea el art. 1301 del Código Civil , en cuanto previene que la acción de nulidad sólo durará cuatro años y que este tiempo empezará a correr, en los casos de error, dolo o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato.

En tal sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 mayo 2008 , expone: "Esta Sala ha declarado con reiteración, entre las más recientes, en sentencia de 9 de mayo de 2007 , que el plazo de cuatro años que fija el art. 1301 para el ejercicio de la acción de nulidad es aplicable a las acciones ejercitadas para solicitar la declaración de nulidad de los contratos y, por extensión, de los demás negocios jurídicos que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley, según se desprende del art. 1300 del Código Civil , al cual se remite implícitamente el art. 1301 'concurran los requisitos que expresa el art. 1261', es decir, consentimiento, objeto y causa, sin los cuales no hay contrato (sentencias de 18 octubre 2005 , 4 octubre 2006 , 6 septiembre 2006 , 28 septiembre 2006 y 22 febrero 2007)".

La cuestión que se plantea es la de determinar el *dies a quo* del cómputo de los cuatro años, habida cuenta de que la demanda se presenta con fecha 21 de marzo de 2014.

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 junio 2003 , señala: "Dispone el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, dolo o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse, de acuerdo con el art. 1969 del citado Código . En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que «es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928) y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que «el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr «desde la consumación del contrato». Este momento de la «consumación» no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes, criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, «en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó....». Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que «el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo» y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que «la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó». Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma no podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1301 del Código Civil . Entender que la acción sólo podría ejercitarse «desde» la consumación del contrato, llevaría a la conclusión jurídicamente ilógica de que hasta ese momento no pudiera ejercitarse por error, dolo o falsedad en la causa, en los contratos de tracto sucesivo, con prestaciones periódicas, durante la vigencia del contrato, concretamente, en un contrato de renta vitalicia como son los traídos a debate, hasta el fallecimiento de la beneficiaria de la renta".

Y la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 12 enero 2015 , itera: "Como primera cuestión, el día inicial del cómputo del plazo de ejercicio de la acción no es el de la perfección del contrato. No puede confundirse la



consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil, con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio, que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce « la realización de todas las obligaciones » (sentencias del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897, 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), « cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes » (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando « se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó » (sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983). Y respecto de los contratos de tracto sucesivo, declara la citada sentencia núm. 569/2003 : « Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó" ».

El diccionario de la Real Academia de la Lengua establece como una de las acepciones del término "consumar" la de «ejecutar o dar cumplimiento a un contrato o a otro acto jurídico». La noción de "consumación del contrato" que se utiliza en el precepto en cuestión ha de interpretarse buscando un equilibrio entre la seguridad jurídica que aconseja que la situación de eficacia claudicante que supone el vicio del consentimiento determinante de la nulidad no se prolongue indefinidamente, y la protección del contratante afectado por el vicio del consentimiento. No basta la perfección del contrato, es precisa la consumación para que se inicie el plazo de ejercicio de la acción. Se exige con ello una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, situación en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad. Y además, al haberse alcanzado esta definitiva configuración, se posibilita que el contratante legitimado, mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento, lo que no ocurriría con la mera perfección del contrato que se produce por la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes.

Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a «la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas», tal como establece el art. 3 del Código Civil. La redacción original del artículo 1301 del Código Civil, que data del año 1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los «contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente», quedando inalterado el resto del precepto y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción. La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113). En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento. Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error".

E idéntica doctrina acogen las sentencias del Tribunal Supremo de 16 septiembre 2015, 25 febrero 2016 y 29 junio 2016.

Pues bien, en el caso presente - como se deja expuesto - las partes formalizaron las órdenes de compra de los valores denominados "SOS Cuétara Preferentes S. A. U." el 28 de noviembre de 2006. Y, a partir de ese



momento, los inversores recibían información, sobre abono de cupón o rendimientos del producto adquirido. Pues bien, si como aclaran los inversores en su demanda, "el dinero que tenían depositado en el Banco (con referencia a los 150.000 euros) era para rendimientos a plazo, pues se trataba de los ahorros de toda la vida" y efectivamente periódicamente, recibían tales rendimientos, es llano que desde el momento en que dejan de percibir los mismos (los últimos beneficios se perciben en junio de 2009), conocen (o están en disposición de conocer, utilizando una diligencia mínima) la verdadera naturaleza, características y riesgos del producto adquirido y, por consiguiente, del supuesto engaño o error con el que suscribieron las órdenes de compra, de suerte que desde tal momento están en condiciones de ejercitar la oportuna acción (art. 1969 del Código Civil). Y si la acción se ejercita el 21 de mayo de 2014, es decir, superado ampliamente el plazo de cuatro años que señala el art. 1301 del Código Civil , claro es que la misma ya estaba fenecida.

Segundo.- De conformidad con lo prevenido en el art. 398. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el art. 394.

De conformidad con lo prevenido en el art. 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos confiere la Constitución Española,

FALLAMOS

Estimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Bernardo Alfaya González, en nombre y representación de la entidad "Banco de Santander S. A." contra la sentencia de fecha catorce de septiembre de dos mil quince, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Redondela , revocamos la misma. Desestimamos la demanda, absolviendo a la demandada de las pretensiones de la misma, con imposición a la parte apelante de las costas procesales de la instancia. No se hace especial declaración en cuanto a las costas procesales del recurso.

Procedase a la devolución del depósito constituido para recurrir.

Contra esta resolución cabrá recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, que habrá de interponerse ante este tribunal, en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla.

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

VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado Ilmo. Sr. D. Eugenio EUGENIO FRANCISCO MIGUEZ TABARES al amparo de lo previsto en los artículos 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , haciendo constar mi respeto a la opinión mayoritaria de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La discrepancia con el criterio mayoritario de la Sala se centra en la estimación de la excepción de caducidad de la acción.

La parte recurrente reitera la alegación de caducidad de la acción con base en el art. 1301 Cc respecto al contrato firmado el 28 de noviembre de 2006. Según el citado precepto, en los casos de error el plazo de cuatro años empezará a correr desde la consumación del contrato, momento que no se corresponde con la suscripción de la orden.

Sobre esta cuestión la STS Pleno, de 12 de enero de 2015 establece que "No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil , con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio , que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce «la realización de todas las obligaciones» (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897 , 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), «cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando «se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983)". Concluye dicha sentencia afirmando que "Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a



efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error".

Este criterio se ha reiterado en la STS Sala 1ª de 1 de diciembre de 2016 que declara que "Fue en la sentencia de Pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015, en la que nos pronunciamos sobre el comienzo del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de anulación por error vicio, previsto en el art. 1301 CC. Y este criterio ha sido reiterado por resoluciones posteriores, a partir de la sentencia 376/2015, de 7 de julio, por lo que puede hablarse de jurisprudencia en el sentido del art. 1.6 CC".

En el mismo sentido se pronuncia la STS, Sala 1ª de 20 de diciembre de 2016. En esta última sentencia se precisa, al analizar un supuesto de acción de nulidad por vicio de consentimiento por error en la contratación de participaciones preferentes, que "el comienzo del plazo de ejercicio de la acción de anulación por vicio en el consentimiento no puede computarse, como pretende la parte recurrente, desde que se perfeccionó el contrato de adquisición de las participaciones preferentes y se entregaron los títulos, sino desde que los clientes estuvieron en disposición de conocer los riesgos patrimoniales de la operación, que en este caso consistían en la inexistencia de un mercado efectivo de reventa y la práctica imposibilidad de recuperación de la inversión, por la falta de solvencia de la entidad emisora de las preferentes. Lo que tuvo lugar cuando dicha entidad fue intervenida por el FROB, el 30 de septiembre de 2011". Por lo tanto el plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error se inicia cuando el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error al producirse un hecho que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por error, lo que no necesariamente resulta, en un producto como el que ahora analizamos, con la simple suspensión de percepción de rendimientos.

En el presente caso resulta acreditado que las participaciones preferentes produjeron rendimientos trimestrales a don Jose Enrique y doña Inocencia hasta el 20/6/2009, y desde finales del año 2009 el grupo Sos entró en crisis y dejó de pagar los cupones de dichas participaciones, pero eso no implica que en ese instante y por ese solo hecho la demandante haya adquirido pleno conocimiento de las características reales del producto que había adquirido en el año 2006. No cabe deducir la existencia de conocimiento del error en la contratación por el mero hecho de que la citada empresa haya entrado en crisis al incurrir en pérdidas, ya que el propio banco al año siguiente -en el mes de diciembre de 2010 según se reconoce en el hecho segundo.3 de la contestación a la demanda- ofreció una solución a los inversores consistente en proceder al canje de las Participaciones Preferentes Sos Cuétara por nuevas acciones que emitiría la sociedad DEOLEO, S.A.. Por lo tanto cabe considerar que es a partir de dicho momento cuando los actores pudieron tener conocimiento de la existencia del supuesto error en las características del producto litigioso contratado, pues al rechazar la oferta de canje -tras ser informados de la situación financiera de la entidad Sos- y constatar la imposibilidad de vender el producto -en un mercado secundario- y recuperar el capital invertido, no existe duda de que pudieron ser conscientes del eventual error cometido en la contratación al resultar un producto distinto al que creían haber suscrito. Tomando como referencia la fecha de diciembre de 2010 y al haberse presentado la demanda el 23 de mayo de 2014 no ha transcurrido el plazo de los cuatro años al que se refiere el art. 1301 Cc.

Hay que tener en cuenta además que en el documento correspondiente a la suscripción de la orden de valores no se contiene la descripción de las características del producto contratado, a diferencia de lo que acontece con otros contratos financieros y productos estructurados de carácter complejo (como swaps o fondos de inversión), por lo que la simple suspensión de las liquidaciones de beneficios puede no resultar definitiva para constatar el error hasta que por el banco no se facilite al cliente la información completa sobre el producto, máxime cuando, como en este caso, todas las negociaciones se llevaron con don Jose Enrique, que falleció el 28 de noviembre de 2011, sin la intervención en las mismas de la que también suscribió la orden de valores.

Todo lo expresado lleva a este magistrado a considerar que debe desestimarse la excepción de caducidad de la acción.

SEGUNDO.- Una vez desestimado el anterior motivo del recurso, procede entrar a analizar las restantes cuestiones planteadas a través del mismo. Así la parte demandada recurre la sentencia alegando también error de derecho al carecer la demandada de legitimación pasiva e imponerse a la misma las consecuencias condenatorias de un contrato en el que no es parte y error en la valoración de la prueba al haberse entregado la información antes de la suscripción del producto.

Resulta preciso dar respuesta a la alegación de falta de legitimación pasiva toda vez que en la página 7 del escrito de interposición del recurso de apelación se hace referencia a la discrepancia en este punto con la



sentencia al existir una valoración errónea del juez a quo al pronunciarse sobre dicha cuestión, y ello aun cuando, a diferencia de los otros dos motivos de apelación, no haya existido un desarrollo específico sobre este motivo de apelación.

La parte apelante alega que carece de legitimación para soportar la acción de nulidad por tratarse de una mera intermediaria en la contratación del producto, no interviniente en el contrato cuya nulidad se pretende, toda vez que solo interviene como ejecutora de las órdenes dadas por los demandantes para la adquisición de los valores litigiosos emitidos por Sos Cuétara.

En el presente caso nos encontramos ante el hecho indubitado que es la entidad bancaria la que ofrece un producto financiero a los clientes y en el documento que de Orden de Valores que suscriben ambos, que lleva el membrete de aquella entidad, nada se indica acerca del hecho de que únicamente actúe como intermediaria en la comercialización, desconociéndose los eventuales acuerdos que pueda haber alcanzado con la entidad emisora de las participaciones. Corresponde a la parte recurrente que alega que su intervención se limitó a la de mero comisionista o intermediario, acreditar que puso en conocimiento del cliente tal extremo, ya que nos encontramos ante una excepción opuesta por la demandada frente a la conceptualización de la misma como parte en el contrato que realiza la parte actora con base en el documento firmado por ambas, por lo que debemos estar al principio de la carga de la prueba contenido en el art. 217 LEC .

Respecto a la legitimación el art. 10 LEC dispone que "serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso" y según las SSTs de 9 de enero de 2013 , 21 de octubre de 2009 , 20 de febrero de 2006 , 7 de noviembre de 2005 y 28 de febrero de 2002 , "La legitimación pasiva ad causam consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud o idoneidad para ser parte procesal pasiva, en cuanto supone una coherencia o armonía entre la cualidad atribuida -titularidad jurídica afirmada- y las consecuencias jurídicas pretendidas. En consecuencia, su determinación obliga a establecer si, efectivamente, guarda coherencia jurídica la posición subjetiva que se invoca en relación con las peticiones que se deducen, lo que exige atender al contenido de la relación jurídica concreta, pues será esta, sobre la que la parte actora plantea el proceso, con independencia de su resultado, la que determine quiénes son las partes legitimadas, activa y pasivamente".

La acción de nulidad ejercitada por la parte actora se refiere al contrato de adquisición de participaciones preferentes de Sos Cuétara de fecha 28 de noviembre de 2006 y en este sentido, tal y como se afirma en la SAP de Coruña sec. 4ª de 10 de julio de 2014, ya citada por el juez a quo, "debemos tener en cuenta que una cosa es el negocio jurídico que constituye la orden de suscripción de las participaciones preferentes mediante el cual se "apodera" a la entidad bancaria para adquirir los títulos, y otra cosa distinta es el contrato de suscripción que el banco concierta con el emisor en ejecución de la orden dada y en virtud del cual se adquieren esos mismos títulos por cuenta y en nombre del ordenante. En el negocio constituido por la orden de suscripción, la relación jurídica se entabla entre el cliente ordenante y el banco que recibe la orden. En cambio, en el contrato de suscripción concertado en ejecución de la orden dada, la relación jurídica se entabla entre el cliente ordenante y el emisor del título que se adquiere, ya que la entidad bancaria únicamente participa en este negocio como un mero intermediario o comisionista que no actúa por cuenta propia, sino por cuenta y en nombre del ordenante. Pues bien, como lo que realmente está impugnando el demandante es la orden de suscripción de las participaciones preferentes, debemos concluir que el banco demandado se encuentra perfectamente legitimado para soportar la pretensión de nulidad que se dirige contra él, porque intervino como auténtica parte en la relación jurídica a la que efectivamente se refiere la acción que se ejercita en la demanda". En el mismo sentido se han pronunciado, entre otras, la SAP de Santa Cruz de Tenerife sec. 3ª de 24 de enero de 2013 ; SAP de Barcelona sec. 13ª, de 28 de mayo de 2015 ; y SAP de Ourense sec. 1ª, de 19 de junio de 2015 .

TERCERO.- Por último hay que analizar la cuestión de fondo controvertida, cual es si nos encontramos ante un supuesto de nulidad por vicio del consentimiento por error, para lo cual resulta preciso examinar la normativa aplicable, así como la prueba practicada.

No existe duda que el contrato suscrito constituye un supuesto de contrato de adhesión por cuanto los clientes no han intervenido en forma alguna en la redacción de dichos documentos, los cuales han sido elaborados por la entidad de crédito, por lo que para la validez de los mismos debe resultar acreditado que ha existido un conocimiento claro y plena conciencia por parte del cliente acerca de lo que contrató. Esto supone que en la fase precontractual don Jose Enrique y doña Inocencia debieron recibir una información completa y precisa acerca de las características del producto y los riesgos que asumían. Sin embargo en el presente supuesto no consta que haya sido así como seguidamente analizaremos.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores , en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito



frente al cliente, la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses del cliente como propios. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, concretó, aún más, la diligencia y transparencia exigidas, desarrollando, en su anexo, un código de conducta presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que toda operación conlleva" (art. 5.3). Dicho Real Decreto fue derogado por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, conocida por sus siglas en inglés como MIFID (Markets in Financial Instruments Directive). La citada norma, no aplicable en el presente supuesto en atención a la fecha de la firma del contrato, procedió a continuar con el desarrollo normativo de protección del cliente.

En el caso de las participaciones preferentes la calidad de producto complejo esta# expresamente contemplada en el art. 2.1.h) LMV al que se remite el art. 79.bis.8.a). Igualmente, aunque sin mención directa, así lo considera la Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por la que se modifican las Directivas 2006/48/CE, 2006/49/CE y 2007/64/CE en lo que respecta a los bancos afiliados a un organismo central, a determinados elementos de los fondos propios, a los grandes riesgos, al régimen de supervisión y a la gestión de crisis. Se trata de un producto de carácter perpetuo ya que se emiten por tiempo indefinido. Además existe falta de participación en el capital social por parte de los suscriptores, lo que conlleva que los titulares de participaciones preferentes no tengan derechos políticos. El beneficio que se obtiene por parte del adquirente de los títulos es el interés que ha de pagar la entidad, si bien suele subordinarse ese interés a la obtención por parte de la emisora de beneficios en su gestión empresarial. Las participaciones preferentes se negocian en un mercado secundario organizado y, evidentemente, con dependencia de la solvencia de la entidad emisora su liquidez en el mercado podrá ser o no segura. Es un producto financiero de elevado riesgo pues su rendimiento y liquidez dependerá de la marcha de la entidad emisora, es decir, su éxito se liga al de aquélla, sin que la recuperación de capital esté cubierta por el Fondo de Garantía de Depósitos.

En relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, y sobre todo en el caso de productos de inversión complejos, ha de citarse la STS Sala 1ª, de 14 de noviembre de 2005 en la que se afirma que la diligencia en el asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, y, en segundo lugar, la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de los clientes se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de dicha información. Por tanto, el eje básico de los contratos, cualesquiera que sean sus partes, es el consentimiento de las mismas sobre su esencia, que no debe ser prestado, para surtir eficacia, de forma errónea, con violencia, intimidación o dolo, y esta voluntad de consentimiento para ser válida y eficaz exige por su propia naturaleza que los contratantes tengan plena conciencia y conocimiento claro y exacto de aquello sobre lo que prestan su aceptación y de las consecuencias que ello supone. Esta igualdad esencial que respecto de las partes debe presidir la formación del contrato, ha de desplegar su eficacia en las diferentes fases del mismo. En la fase precontractual debe procurarse al contratante por la propia entidad una información lo suficientemente clara y precisa para que aquel entienda el producto o servicio que pudiera llegar a contratar y si se encuentra dentro de sus necesidades y de las ventajas que espera obtener al reclamar un servicio o al aceptar un producto que se le ofrece. En la fase contractual basta como ejemplo la existencia de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación, en cuyo artículo 8 se mencionan expresamente las exigencias de claridad, sencillez, buena fe y justo equilibrio de las prestaciones en el contrato suscrito entre las partes, que por la propia naturaleza del contrato van a ser fijadas por el Banco en este caso. Posteriormente, ya firmado el contrato, se exige igualmente arbitrar unos mecanismos de protección y reclamación que sean claros y eficaces en su utilización y que vayan destinados a la parte que pudiera verse perjudicada por la firma del contrato, en defensa de los posibles daños a sus intereses.

Pero en algunas ocasiones la Ley concede un plus de protección a la parte que es tenida como débil en el contrato, y así ocurre en la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyo artículo 3 y bajo la rúbrica "Concepto general de consumidor y de usuario", contiene la definición de "consumidor" a los efectos de la Ley diciendo que "A los efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional", concepto éste que inequívocamente corresponde aplicar a la actora. Debemos recordar que son derechos básicos de los consumidores y usuarios, entre otros, La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios...".



En relación con la obligación de informar, la STS Sala 1ª, de 20 de enero de 2014 precisa que "Ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto".

La STS de 12 de enero de 2015 establece que "La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID, que es la aplicable en este caso por la fecha en que se concertó el contrato, da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza".

La propia parte demandada al alegar el cumplimiento de su deber de información, que entiende cumplido con las explicaciones facilitadas a los contratantes sobre la compañía emisora de las participaciones preferentes y por la entrega del folleto de la emisión, asume implícitamente que su labor de asesoramiento va más allá de lo que podría entenderse como un simple contrato de administración y depósito de valores.

Una vez fijada la normativa y criterios legales y jurisprudenciales aplicables procede analizar la prueba existente en las actuaciones con el fin de determinar si concurre la causa de nulidad apreciada en la sentencia de instancia.

CUARTO.- La primera cuestión que resulta preciso determinar es si cabe atribuir a los suscriptores un perfil de inversor minorista o de inversor experimentado o profesional y asimismo si existió una labor de asesoramiento en la inversión por parte de la entidad demandada. En el presente caso consta, y no es cuestión controvertida, que era el esposo de la demandante el que efectuaba la contratación de los productos financieros del matrimonio.

En relación con el perfil inversor de don Jose Enrique y doña Inocencia, la testigo doña Matilde, hija de los mismos, manifestó que su madre no tiene estudios y apenas sabe firmar y su padre tampoco tenía estudios. Declara que, según le dijeron sus padres, la directora del banco fue a su casa a venderles el producto, pero les dijo que era fijo a un año y seguro y no entendieron los papeles que firmaron. Cuando fueron a retirar el dinero les manifestaron que no era posible. La testigo doña Rocío, persona de Banco Santander que intervino en la comercialización de las participaciones preferentes de SOS Cuétara, declaró que don Jose Enrique y doña Inocencia estaban catalogados como segmento "select" en banca personal porque tenían un volumen de dinero ahorrado importante -no por sus conocimientos financieros- ya que antes habían suscrito participaciones preferentes del Banco Santander, acciones y fondos de inversión, pero, además de que no consta la contratación de estos últimos (según resulta del documento nº 1 bis de la demanda), únicamente cabe atribuir el carácter de producto complejo a las Participaciones Preferentes del Banco Santander, aunque el hecho de que se haya llevado a cabo esa contratación no presupone que el cliente tenga cumplida información de las características de dicho producto, sin que además esa contratación anterior libere a la entidad bancaria de que ofrezca cumplida información de los nuevos productos ofertados, máxime cuando se trataba de participaciones preferentes de otra entidad, lo que afectaba, entre otros extremos, a la solvencia de la misma y a la posibilidad real de venta de dicho producto en el mercado secundario.

La hija de la demandante, doña Matilde, manifestó que sus padres apenas iban por la oficina bancaria y la testigo doña Rocío afirmó que en octubre/noviembre de 2006 el banco decidió comercializar Participaciones Preferentes Sos Cuétara y por inversiones anteriores decidió ofrecerle el producto al señor Jose Enrique, por lo que fue a su domicilio con un compañero que se lo iba a presentar (la testigo llevaba en la oficina solo desde julio de 2006) para decirle que iba a salir ese producto. Reconoce la testigo que la iniciativa en la suscripción fue del banco, aunque indica que la última decisión es del cliente.



Lo expresado nos lleva a concluir que cabe atribuir a la demandante y a su esposo el carácter de inversores minoristas y sorprende entonces que se haya ofrecido a los demandantes productos de elevado riesgo (producto rojo lo denomina la propia entidad). Esto no obsta a que el cliente puede tomar la decisión que estime oportuna respecto a la inversión de su dinero, pero siempre que por parte de la entidad bancaria se haya ofrecido una completa información sobre las ventajas y riesgos reales de pérdidas en la contratación de los diferentes productos que se le ofertan.

QUINTO.- La parte demandada alega que la entidad de crédito no prestó ningún asesoramiento ni influyó en la decisión del cliente a la hora de contratar los productos objeto del presente litigio, sin embargo tal afirmación resulta contradicha por la declaración de la testigo señora Rocío , tal y como acabamos de señalar. Debemos recordar que, como se precisa en el art. 63.1.g de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (vigente a la fecha de comercialización del producto), se entiende por asesoramiento en materia de inversión la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros. Por el contrario, no se considerará que constituya asesoramiento las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros, pues se considera que dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial. En la actualidad el art. 140.g del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores y que derogó la Ley 24/1988, mantiene idéntica redacción.

Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "la cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73 , que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE .

El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros"». Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que "se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público. No existe entonces duda de que nos encontramos en este caso ante un supuesto de asesoramiento.

SEXTO.- En relación con el vicio en la prestación del consentimiento, el art. 1265 Cc dispone que será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo. En relación con el error el art. 1266 Cc establece que para que el error invalide el consentimiento deberá 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 principio elemental de respeto a la palabra dada ("pacta sunt servanda") impone la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda así quien lo sufrió quedar desvinculado del mismo, tal y como se afirma en la STS Sala 1ª, de 21 de noviembre de 2012 .

La STS Sala 1ª, de 17 de febrero de 2005 indica que "ha de recordarse la doctrina jurisprudencial según la cual para que un error pueda invalidar un negocio, es preciso que el mismo no sea imputable a quien lo padece, y tal cosa sucede cuando quien lo invoca podría haberlo eliminado empleando una diligencia normal adecuada a las circunstancias, es decir, una diligencia media teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien no merece dicha protección por su conducta negligente (SS 24 de enero de 2003 , 12 de julio de 2002 y 30 de septiembre de 1999 , entre otras)". Dice la STS Sala 1ª, de 12 de noviembre de 2004 , con cita de la sTS de 24 de enero de 2003 que "de acuerdo con la doctrina de esta Sala, para que el error invalide el consentimiento, se ha de tratar de error excusable, es decir, aquel que no se pueda atribuir a negligencia de la parte que lo alega, ya que el error inexcusable no es susceptible de dar lugar a la nulidad solicitada por no afectar el consentimiento, así lo entienden las SS 14 y 18 de febrero de 1994 , 6 de noviembre de 1996 y 30 de septiembre de 1999 , señalándose en la penúltima de las citadas que la doctrina y la jurisprudencia viene reiteradamente exigiendo que el error alegado no sea inexcusable, habiéndose pronunciado por su inadmisión, si este recae sobre las condiciones jurídicas de la cosa y en el contrato intervino un letrado, o se hubiera podido evitar el error con una normal diligencia; con cita de otras varias, la S 12 de julio de 2002 recoge la doctrina de esta Sala respecto al error en el objeto al que se refiere el párr. 1.º del art. 1265 del CC y establece que será determinante de la invalidación del contrato únicamente si reúne dos fundamentales requisitos: a)



ser esencial porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste; y b) que no sea imputable a quien lo padece y no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por la declaración (SS 18 de febrero y 3 de marzo de 1994)".

La STS Sala 1ª, de 20 de Enero de 2014 del pleno, a propósito del error señala que "conviene aclarar que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis 3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información". De hecho no hay error cuando no se hayan cumplido las previsiones o expectativas que cualquiera de los contratantes tuviese.

La STS Sala 1ª, de 21 de noviembre de 2012 al analizar las condiciones generales sobre el error vicio en la contratación dispone que "Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias - pasadas, concurrentes o esperadas - y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses". Precisa entonces dicha sentencia que "el error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia".

La clave se encuentra entonces en valorar si por parte de la entidad bancaria que ofreció los productos se ha dado adecuado cumplimiento al deber de información que le resulta exigible. En la STS Sala 1ª, de 30 de junio de 2015 se precisa que "Como declaramos en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y hemos reiterado en sentencias posteriores, estos deberes de información responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 del Código Civil y en el Derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, en concreto en el art. 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos. Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad, y, hecho lo anterior, proporcionar al cliente información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran los concretos riesgos que comporta el instrumento financiero que se pretende contratar".

Por lo tanto, incumbe a la entidad bancaria acreditar la existencia de la debida información, por lo que no cabe acudir a la presunción sobre la existencia o no de la misma, sino que debe determinarse si consta probado que aquella información sobre los elementos esenciales del contrato, y singularmente el riesgo asumido en la contratación, ha existido.

SÉPTIMO.- Como ya se ha indicado, el hecho de que por el cliente con anterioridad se haya llevado a cabo la contratación de algún producto complejo, de riesgo o especulativo no libera a la parte demandada de la obligación de informar sobre las características del producto concreto ofertado con el fin de que aquel pudiese valorar la conveniencia o no de la contratación.

Examinando la cuestión debatida en este proceso a la vista de la anterior jurisprudencia hay que señalar que la parte recurrente afirma que al contratar no se le advirtió que estaba invirtiendo en un producto de elevado riesgo en el que podía darse la imposibilidad de recuperación de la inversión, ya que no se le facilitó información adecuada sobre las características del producto y su naturaleza o que el mismo no resultaba adecuado a su perfil inversor.



En las SSTs Sala 1ª, de 7 de julio de 2014 y 8 de julio de 2014, se examinó, siguiendo la línea jurisprudencial sobre el principio de la buena fe negocial al que se refirió la misma Sala en la STS del Pleno, de 18 de abril de 2013, el alcance del deber de información al cliente antes de la perfección del contrato sobre los riesgos que comporta la operación especulativa, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el artículo 7 Cc. Y se señaló que "1. El incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo. 2. El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto. 3. En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio es si, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo".

Debemos seguidamente examinar la información que fue facilitada al demandante sobre los contratos y el grado de conocimiento sobre las características generales de la inversión efectuada.

Se aporta por la parte demandante como documento nº 5 el Resumen del Folleto Informativo de la Emisión de Participaciones Preferentes SOS Cuétara, en el que se reseñan aspectos relevantes a tener en cuenta por el inversor, y en el que se indica, entre otros extremos, que se trata de un producto de carácter perpetuo y se emiten por tiempo indefinido, que no otorga derechos políticos a los titulares de las participaciones y que son valores con un riesgo que pueden generar pérdidas en el nominal invertido. Como acabamos de señalar, en el Folleto Resumen se indica que son valores atípicos y perpetuos, es decir, que el emisor no tendrá obligación de reembolsar su principal; sin embargo se establece que, no obstante, transcurridos cinco años desde la fecha del desembolso, el emisor podrá, en cualquier momento, amortizar las participaciones preferentes con autorización previa del Garante. No existe por lo tanto equivalencia de prestaciones entre el emisor y el inversor, pues a aquel se le confiere una facultad de amortización de las participaciones preferentes, una vez transcurrido el plazo de cinco años, si a su interés conviene, no contemplándose análogo derecho para el inversor. Además debemos precisar en relación con el citado documento, aportado con la contestación a la demanda, que no está firmado ni fechado, por lo que se ignora si fue facilitado a la demandante o a su esposo fallecido.

La parte recurrente alega que sus empleados dieron cumplida información del producto a los actores y que en todo caso en la hoja aportada con la demanda firmada por don Jose Enrique se hace constar que ha recibido información detallada sobre el producto y la documentación consistente en orden de suscripción de valores y documento resumen de la Nota de Valores; asimismo se reseña en dicho documento que comprenden el producto y, en particular que implica riesgo relevante respecto a 1) amortización anticipada por parte del emisor; 2) la posible pérdida de parte del capital invertido; y 3) su liquidez. Sobre esta hoja cabe apuntar que nada se indica sobre la fecha de la misma, por lo que se ignora si fue rubricada conjuntamente con la suscripción de valores, antes o después de la misma. En todo caso debería haberse firmado por los inversores el Folleto Resumen, con expresión de la fecha en que se rubrica, con el fin de acreditar de forma fehaciente no solo que han recibido completa información documental del producto, sino que además les ha sido facilitada con anterioridad a su suscripción, para dar cumplimiento a la necesaria información precontractual. Igual acontece con la hoja de Anexo 2 del contrato en la que se hace constar que don Jose Enrique manifiesta haber solicitado por su propia iniciativa la suscripción del producto litigioso tras haber sido informado en la sucursal 5279 de sus características y riesgos. Respecto a este documento cabe apuntar que, al declarar en la vista, la testigo doña Rocío manifestó que el día que su compañero le presentó al señor Jose Enrique cuando fue a conocerle a su casa no le explicó nada del producto, solo le dijo que para contratarlas tenía que vender las preferentes que tenía del propio banco y comprar las nuevas. En relación con la concreta información facilitada sobre las Participaciones Preferentes de Sos Cuétara, declara que cuando el señor Jose Enrique fue a la oficina le indicó quién era Sos Cuétara, le dijo que tenía rendimientos muy altos y que se podían vender en el mercado cuando él quisiera, pero no le dijo que podía perder todo el capital invertido. Considera además la testigo que es un producto poco complejo y de renta fija y así lo vendió. Precisa que después el señor Jose Enrique tomó la decisión de contratar y habló con otro empleado de la oficina que fue quien ejecutó la orden de compra. Este empleado no ha sido propuesto como testigo y no ha declarado entonces en juicio, por lo que se ignora si facilitó alguna información adicional al cliente.

Por lo tanto no acredita la parte demandada que hayan existido reuniones previas al propio acto de la firma, más allá de la mera reunión en el domicilio del demandante para conocerles, y solo consta que las explicaciones del producto se las ofreció la directora de la oficina en el banco el día que firmó la suscripción de la orden de valores. Resulta además significativo, como acabamos de señalar, que la testigo declaró que considera que se trata de un producto poco complejo y de renta fija y que se podían vender en el mercado cuando él quisiera, sin expresarle la posibilidad de la pérdida del capital invertido, pues es la información que facilitó al cliente. A lo expresado hay que añadir que no consta que se haya entregado el documento resumen de las participaciones preferentes con anterioridad a la orden de suscripción, por lo que en este caso no resulta



acreditada que se haya llevado a cabo una adecuada información precontractual. También cabe apuntar que en el documento firmado de orden de suscripción no se hace mención a información esencial, como es el carácter perpetuo del producto o que la liquidez deriva del hecho de que la cotización de las participaciones preferentes se efectuará en un mercado secundario.

No consta pues, en este caso, que se ha llevado a cabo la información precontractual, ya que no se ha probado que la información fue ofrecida con carácter previo a los clientes para que pudieran examinar la misma. La mera mención genérica contenida en el contrato de haber recibido el Resumen de la Nota de Valores no justifica por sí misma la existencia de una información adecuada y suficiente acerca del producto a contratar, ya que ni siquiera guarda relación dicha designación con el nombre del documento de información, por lo que no existe certeza de que se esté refiriendo al mismo. Así la SAP de Madrid sec. 19ª, de 31 de marzo de 2014 considera que la "Información (que) no se cumplimenta con la entrega del denominado folleto o tríptico en el que el demandante declara haber recibido la información contenida en ese folleto sin acreditar en que consistió esa información y explicaciones ni cuánto tiempo se dedicó a esa labor para así poder concluir si la misma pudo o no ser suficiente o completa; debiendo recordar con la sentencia de 15 de marzo de 2013 de la Audiencia Provincial de Asturias que la inclusión en el contrato de una declaración de ciencia, que suele constar en los contratos que suscriben los consumidores, clientes bancarios o inversores minoristas, en el sentido de haber sido debidamente informados, "no significa que se haya prestado al consumidor, cliente o inversor minorista la preceptiva información", ni tampoco "constituye una presunción "iuris et de iure" de haberse cumplido dicha obligación, ni de que el inversor, efectivamente, conozca los riesgos, último designio de toda la legislación sobre transparencia e información", siendo expresión de lo que se dice el art. 89.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que considera como cláusulas abusivas "las declaraciones de recepción o conformidad con hechos ficticios", de lo se viene a inferir que son nulas las declaraciones de ciencia si se acredita que los hechos a los que se refiere son inexistentes o "ficticios", como literalmente se expresa en el término legal; es decir, que como continúa diciendo la sentencia últimamente citada "en el ámbito de la protección del consumidor, del cliente bancario o del inversor la formación es considerada por la ley como un bien jurídico y el desequilibrio entre la información poseída por una parte y la riqueza de datos a disposición de la otra es considerado como una fuente de injusticia contractual", de ahí la obligación que el legislador impone a la entidad financiera o al banco para que desarrolle una determinada actividad informativa".

Por lo tanto, incluso aunque en el contrato se hagan constar advertencias sobre el riesgo que supone su contratación, sin embargo esas fórmulas suelen venir predisuestas, por lo que se trata de un simple formulismo si no vienen acompañadas de datos que evidencien que se advierte al cliente de que existe un riesgo serio en la contratación, especialmente ante la contratación de productos complejos como son las participaciones preferentes. Para eso se refuerza la obligación de facilitar información con diversas fórmulas legales.

En conclusión, se considera probado que en la fase previa no se le dio a los clientes información suficiente sobre los riesgos que asumían y que no eran conocedores de este tipo de contrato complejo, lo que implica la existencia de vicio en la prestación del consentimiento, lo que lleva a considerar por este magistrado que procede desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la sentencia dictada en la instancia.

OCTAVO.- La desestimación del recurso conlleva que, de conformidad con lo previsto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC, procede imponer las costas a la parte apelante.

A la vista de argumentación anterior considero que debió desestimarse el recurso de apelación interpuesto y que la sentencia debía contener el siguiente **FALLO**:

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador don Bernardo Alfaya González, en nombre y representación de la entidad "BANCO SANTANDER, S.A.", contra la sentencia de fecha 14 de septiembre de 2015 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Redondela, confirmamos la misma, con imposición a la parte apelante de las costas procesales causadas en el recurso.

Así lo pronuncio, mando y firmo.