



Roj: **SAP IB 574/2016 - ECLI:ES:APIB:2016:574**

Id Cendoj: **07040370032016100094**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **3**

Fecha: **15/04/2016**

Nº de Recurso: **505/2015**

Nº de Resolución: **98/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **GABRIEL AGUSTIN OLIVER KOPPEN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00098/2016

S E N T E N C I A N º 98

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

Don Carlos Gómez Martínez

MAGISTRADOS:

Doña Catalina Moragues Vidal

Don Gabriel Oliver Koppen

En Palma de Mallorca a quince de abril de dos mil dieciséis.

VISTOS por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos de juicio ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Palma, bajo el número 636/2013 , **Rollo de Sala número 505/2015**, entre partes, de una como demandada-apelante la entidad CAIXABANK, S.A., representada por la procuradora D^a. Catalina Salom y dirigida por el letrado D. Francesc Segura Fuster, de otra, como demandante-apelada D^a. Erica , representada por la procuradora D^a. Catalina Campins Crespí y dirigida por el letrado D. José Campins Crespí. Ha sido también parte demandada la entidad BANKPYME-IPIME 2012, S.A., representada por la procuradora D^a. Monserrat Montané Ponce y dirigida por el letrado D. Mario Campelo González.

ES PONENTE el Ilmo. Sr. don Gabriel Oliver Koppen.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Ilmo. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia número 9 de Palma, se dictó sentencia en fecha 1 de septiembre de 2015 , cuyo Fallo es del tenor literal siguiente:

"ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por Dña. Erica contra BANKPIME y CAIXABANK S.A., declarando la nulidad de la orden de compra efectuada por la actora del producto participaciones preferentes Kaupthing Bank 6?75 por 100, y de los consiguientes depósitos de dicho valor y documentos contractuales suscritos a tal fin, con sus consecuencias y efectos restitutorios, y condenando a Caixabank S.A. al reintegro de 12.039?30 euros más sus intereses legales desde la fecha de su entrega hasta la del pago, sin perjuicio del reintegro por la demandante a Caixabank de la suma de 877?52 euros y sus intereses legales. Absolviendo a Bankpime -hoy Ipme 2012 S.A.- de las pretensiones ejercitadas en su contra.

Sin especial pronunciamiento en cuanto a las costas".



SEGUNDO.- Contra la expresada sentencia, y por la representación de la parte demandada CAIXABANK, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido y seguido el recurso por sus trámites se señaló para votación y fallo día 11 de abril de 2016.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los de la resolución dictada en anterior grado jurisdiccional mientras no se opongan a los que siguen.

PRIMERO.- Planteamiento del recurso.

Por D^a. Erica se interpuso demanda frente a la entidad BANKPYME en solicitud de sentencia por la que se declarara la nulidad de la orden de compra efectuada del producto KAUPTHING BANK 6'75% y de los consiguientes depósitos de dicho valor y documentos contractuales suscritos a tal fin; subsidiariamente, se interesa que se declare su anulabilidad y, también subsidiariamente, la responsabilidad de la entidad demandada por la pérdida económica sufrida al adquirir tales productos.

Alegada por la entidad BANKPYME la falta de litisconsorcio pasivo necesario, la demanda fue ampliada a la entidad CAIXABANK.

Frente a la sentencia que estima la demanda frente a esta última entidad por infracción de normas imperativas y prohibitivas relativas al deber de información previas a la contratación, se interpone recurso de apelación por la entidad CAIXABANK, que se centra en los siguientes puntos:

- 1.- De la improcedencia jurídica de atribución de legitimación pasiva CAIXABANK respecto a las pretensiones ejercitadas por la parte actora en su escrito de demanda.
- 2.- Improcedencia jurídica de la estimación de la pretensión de nulidad radical del contrato por vulneración de normas imperativas o prohibitivas en base a la supuesta vulneración del deber de información.
- 3.- Inimpugnabilidad de la orden de adquisición de participaciones preferentes.
- 4.- Improcedencia jurídica de las acciones de anulabilidad por error vicio del consentimiento y dolo o de resolución contractual por daños y perjuicios.

SEGUNDO. Falta de legitimación pasiva.

En la sentencia de instancia se reproduce lo que señaló este tribunal en sentencia de 6 de noviembre de 2014, con mención a lo que la Sección 4^a de esta Audiencia Provincial decidió en sentencia de 6 de octubre de 2014.

Muestra la parte apelante su discrepancia con el criterio seguido en las anteriores resoluciones que, según considera, debe ser revisado, en cuanto se aprecia la existencia de una cesión de contrato que justifica la legitimación pasiva de la entidad CAIXABANK.

Parte de la existencia de cinco relaciones jurídicas diferenciadas en el presente supuesto: 1) Compraventa de unos valores, participaciones preferentes de KAUPTHING BANK. 2) Intermediación en la compra de valores. 3) Depositaria y administración de valores. 4) Relación entre obligacionista y emisor post compraventa. 5) Compraventa de determinados activos y pasivos de CAIXABANK a BANKPYME.

Sostiene que en virtud de este último el único contrato que adquirió CAIXABANK es el de depósito y custodia. BANKPYME fue parte en la intermediación de la compraventa del valor, pero no transmitió sus efectos a CAIXABANK por cuanto dicha relación jurídica de intermediación se consumó con la ejecución de la instrucción del cliente, ya que es de tracto único, y CAIXABANK no adquirió como pasivo la eventual responsabilidad en que hubiera podido incurrir BANKPYME por comercializaciones pretéritas.

Se infringen el artículo 1255 del Código civil y la jurisprudencia interpretativa relativa a la cesión de contratos, así como el artículo 1257 del Código civil y la jurisprudencia interpretativa relativa al principio de relatividad de los contratos.

Resulta innecesario reproducir aquí el contenido de la sentencia de 6 de noviembre de 2014 dictada por este tribunal, que ya consta transcrita en la sentencia objeto del presente recurso.

Las alegaciones de la parte apelante no pueden prosperar:

- De la lectura de las resoluciones de 6 de octubre, de la Sección 4^a, y de 6 de noviembre, de esta Sección, no se deriva que en las mismas se considerara que BANKPYME fuera la vendedora y no la comercializadora de las participaciones preferentes de KAUPTHING BANK.



- Sobre la legitimación pasiva de la entidad comercializadora este tribunal en sentencia de 17 de julio de 2013 en un caso similar al presente ya señaló: "Dicha orden de compra no puede desligarse de la restante documental aportada junto con la demanda, esto es, el contrato de depósito y administración de valores suscrito por las partes litigantes en fecha 7 de julio de 2008- documental de los folios 92 y siguientes- y el contrato de apertura de cuenta de inversión- documental de los folios 97 y siguientes- suscrito por las mismas partes y en la misma fecha, que comportan, como se estudiará más adelante, un deber de asesoramiento, pero es que, como ya tuvo ocasión de señalar este Tribunal en su sentencia de 13 de noviembre de 2012 , incluso hallándonos ante una operación de comercialización de producto y no de asesoramiento, la entidad, demandada hoy apelante queda obligada a prestar información con arreglo a lo establecido en el artículo 79.7 de la Ley de Mercado de Valores , por lo que resulta incuestionable que dichas entidades financieras, obligadas a dar esa información, están legitimadas pasivamente en las acciones como la presente en que se reclama, precisamente, por la inexistencia de esa información o asesoramiento". En los mismos términos pueden citarse las sentencias de 17 de octubre de 2013 y 17 de marzo de 2015 .

Por otra parte, la nulidad se solicita de las órdenes de compra, en las que intervino directamente la entidad BANKPYME, en la que el importe de la inversión fue la cantidad que abonó la parte demandante como consecuencia de la orden de compra de acciones preferentes concertada con la entidad recurrente y es esta prestación cuya restitución se solicita.

- La orden de compra se suscribe en el marco del contrato de depósito y administración de valores que se firmó el mismo día 22 de octubre de 2007, aportado por la parte demandante como documento nº 11 de su demanda. Tiene por objeto las condiciones de depósito y administración por parte del Banco de valores que el titular en la fecha del contrato o en cualquier otro momento posterior mantenga en su cuenta abierta en el Banco. Entre las obligaciones asumidas por el Banco están las de compraventa de toda clase de valores mobiliarios, depósito y administración de los mismos, cobro de cupones, intereses, dividendos y primas de asistencia, ... (condición general quinta del contrato). Es por ello que no puede tomarse en consideración la intermediación o comercialización como una actuación aislada o independiente del contrato que la ampara y, como se pretende, considerarla una relación de tracto único para excluirla de la cesión del contrato de depósito y administración que se reconoce.

- Finalmente, hay que citar las sentencias de la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial de 28 de diciembre de 2015 y 8 de marzo de 2016 en las que se desestima la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por la misma entidad en supuestos similares al presente.

Es por lo expuesto que procede la confirmación de la sentencia de primera instancia cuando admite la legitimación pasiva de la parte apelante.

TERCERO.- Participaciones preferentes.

Sobre la naturaleza de las participaciones preferentes, la Comisión Nacional del Mercado de Valores ha indicado sobre este producto que "son valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada. Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido.... Las PPR no cotizan en Bolsa. Se negocian en un mercado organizado...No obstante, su liquidez es limitada, por lo que no siempre es fácil deshacer la inversión..." (Portal del inversor CNMV; o la Ficha del Inversor referente a las participaciones preferentes).

Las participaciones preferentes son valores y, como tales, sujetos a la disciplina de la Ley de Mercado de Valores con independencia de que su emisión, o su comercialización, se lleve a cabo por entidades de crédito (art . 65.1 de la Ley de Mercado de Valores).

Las participaciones preferentes (preferent shares) son valores o productos financieros que tienen como principal particularidad la de ser un híbrido entre las acciones y las obligaciones. Se caracterizan por integrar el capital social del emisor, ser remuneradas con prioridad a los accionistas ordinarios, y poseer preferencia en el cobro de la cuota de liquidación frente a dichas acciones ordinarias. A diferencia de los accionistas ordinarios, los titulares de preferentes no ostentan derecho de voto, ni tampoco derecho de suscripción preferente sobre nuevas emisiones.

En cuanto al riesgo de inversión cabe decir que su orden en caso de concurso del emisor las sitúa después de todos los acreedores, ordinarios y subordinados, por lo que, en definitiva, sus titulares sólo serán reintegrados (caso de existir fondos suficientes) antes que los accionistas o, en su caso, los titulares de cuotas participativas.

Además, no puede olvidarse que mientras que los accionistas ordinarios participan en la revalorización del patrimonio social en la proporción que corresponda, en el caso de las participaciones preferentes, su valor



nominal permanece inalterable, mientras que sí padecen el riesgo de pérdida y, por tanto, pueden verse obligados a asumir parte de las pérdidas de la entidad que se encuentra en crisis.

La liquidez de la participación preferente solo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario de valores en que ésta cotice aunque, como es claro, su liquidez queda eliminada ante situaciones que determinen la desactivación de su sistema de rentabilidad.

CUARTO.- El deber de información.

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 629/1.993, 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.

La demandante debe ser calificada como cliente minorista en cuanto a su perfil inversor, ostentando además, la condición de consumidor y, por tanto, merecedor de la máxima protección, sin que el hecho de que hubiera realizado con anterioridad varias operaciones financieras con diversos importes, no varía dicha conclusión, pues ello en ningún modo supone que tuviera acceso a la información tan compleja de los temas financieros. En cualquier caso, la adquisición de fondos de inversión los realizó la demandante después de contratar las participaciones preferentes a las que se refiere el presente procedimiento, según se desprende de la relación los mismos que aparece en la contestación a la demanda.

Como ya ha señalado este tribunal en sentencias de 16 de febrero de 2012, 13 de noviembre de 2012 o 19 de septiembre de 2013, 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, en primer lugar, la Sentencia del Tribunal Supremo 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.

El Tribunal Supremo en sentencia de 16 de septiembre de 2015 ha declarado que la falta de prueba sobre la información debe perjudicar a la empresa de servicios de inversión, *porque se trata de extremos que conforme a las normas aplicables a la pretensión ejercitada, enervan la eficacia jurídica de los hechos alegados por la demandante y que resultaron debidamente justificados, y son extremos cuya prueba está además a la plena disposición de la parte demandada, si es que tal información hubiera sido efectivamente facilitada.*

Los únicos documentos facilitados por la entidad que comercializó las participaciones preferentes son el correo electrónico remitido a la demandante en fecha 17 de octubre de 2007 y la orden de compra. En el primero se le informa de dos nuevos productos que parecen una muy buena alternativa de inversión, entre ellos las participaciones preferentes.

Ninguna información se contiene en el documento sobre la naturaleza de las participaciones preferentes, su carácter perpetuo, ni sobre los riesgos de la inversión, en particular, la posibilidad de pérdida del capital invertido.

La orden de compra no ofrece tampoco ninguna información sobre los riesgos de la adquisición de las participaciones preferentes. De hecho se fija una fecha de vencimiento y se describe la clase de operación como "a vencimiento".

De la limitada prueba practicada, consistente en la declaración del testigo que actuó en representación de la entidad, en la medida en que resulta contradictoria posición de la demandante sobre la información que recibió en el momento de la suscripción de la orden de compra, no puede considerarse acreditado que se facilitara una información completa y comprensible sobre la naturaleza del producto y los riesgos que suponían. No es correcto que la prueba principal sobre el cumplimiento del deber de información lo constituya la declaración del empleado de la entidad demandada obligado a facilitar tal información y, por tanto, responsable de la omisión en caso de no haberla facilitado.



El hecho de que el demandante hubiera suscrito otro tipo de productos de riesgo, entre ellos participaciones preferentes, no supone un conocimiento de los riesgos de la nueva operación, pues de la documentación aportada no resulta cual fue la información efectiva en relación a los mismos.

QUINTO.- Nulidad por incumplimiento de norma imperativa.

En la sentencia de instancia se declara la nulidad de la orden de compra de participaciones preferentes en base al incumplimiento del deber de información al amparo de lo dispuesto en el artículo 6.3 del Código civil .

Sobre esta cuestión se ha pronunciado este tribunal en sentencia de 14 de enero de 2014 en los siguientes términos:

Sin embargo, este efecto no aparece claramente admitido en las sentencias del Tribunal Supremo. Así, para una primera corriente jurisprudencial "la sanción de nulidad no se reputa doctrinalmente aplicable a supuestos de vulneración de normas administrativas" (STS de 26 de abril de 1995 con cita de otras decisiones del Tribunal). Expresión ésta que también puede leerse en la STS de 22 de julio de 1997 .

En cualquier caso, para aplicar la tesis anterior es preciso compartir la idea de que la Ley del Mercado de Valores es una norma de naturaleza administrativa, cuestión esta que está muy lejos de ser pacífica. Entre las sentencia que recuerdan la "inacabada polémica" sobre la naturaleza administrativa o jurídico-privada de la Ley del Mercado de Valores, puede citarse la de la Sección 5ª de esta misma Audiencia Provincial de 15 de octubre de 2012.

Opuesto a la tesis de la nulidad por infracción de norma imperativa puede identificarse otro conjunto de decisiones en las que, en lo esencial, se defiende que la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo "contempla los supuestos de infracción directa de una norma administrativa y ha reiterado que, siendo norma imperativa o prohibitiva, (...su infracción...) acarrea sanción de nulidad que contempla el artículo 6.3 del Código civil " (STS de 7 de octubre de 2011).

Como claros exponentes de esta doctrina, pueden citarse la STS de 30 de noviembre de 2006 , que rechaza que una ilicitud administrativa no pueda determinar la nulidad del contrato; la STS de 10 de octubre de 2008 , que afirma en relación con una contravención por una cooperativa de Ley de Cooperativas autonómica respecto de los porcentajes máximos de elaboración de productos no procedentes de los propios cooperativistas, que "la jurisprudencia actual de esta Sala no permite seguir manteniendo, con carácter general, que la sanción administrativa excluya la nulidad civil de un acto o contrato contrario a una norma administrativa imperativa o prohibitiva"; o la STS de 22 de diciembre de 2009 en la cual, si bien la disposiciones vulneradas (Ley de Mercado de Valores) no fundamentan el pronunciamiento de nulidad, el Tribunal expresamente rechaza "que la infracción de normas administrativas no puede dar lugar a la nulidad de un contrato, pues esta Sala, en aplicación del artículo 6.3 Código Civil , invocado como infringido, tiene declarado que cuando, analizando la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez (STS de 25 de septiembre de 2006) y no es obstáculo a la nulidad que la prohibición administrativa no tenga carácter absoluto (STS de 31 de octubre de 2007)"; o la STS de 11 de junio de 2010 que considera nulo un acuerdo de comunidad de propietarios que contrariaba una norma imperativa de una ley autonómica con contenido administrativo.

Ante la falta de jurisprudencia que establezca firmemente que el incumplimiento de las normas de la Ley del Mercado de Valores sobre obligación de transparencia de las entidades financieras produce la nulidad del contrato por aplicación del artículo 6.3 del Código Civil , resulta preferible abordar esta cuestión desde el prisma del error vicio de consentimiento.

La parte demandante también alegó en su demanda la concurrencia de vicios del consentimiento que fundamentan la nulidad de la orden de compra.

SEXTO.- Caducidad de la acción.

Aun cuando este tribunal ya se había pronunciado en anteriores ocasiones sobre el tema de la caducidad de la acción es procedente hacer mención a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 en la que se resuelve la cuestión:

"Al interpretar hoy elart. 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 elart. 3 del Código Civil.

La redacción original delartículo 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".

Considera la parte apelante que el cómputo del plazo de caducidad debe iniciarse desde la quiebra del KAUPTHING BANK en el año 2008, pues a partir de ese momento se dejaron de abonar intereses. Ahora bien, no puede olvidarse que, conforme se ha indicado anteriormente, la información ofrecida en el momento de la venta fue escasa y no puede considerarse acreditado que se incluyera alguna sobre las consecuencias de la quiebra de la entidad. Tampoco consta una información posterior, producida la quiebra, al respecto. La testigo D^a. Felisa manifestó que se iba facilitando información que remitía KAUPTHING BANK, que parecía que convertiría las participaciones en acciones y que fue en el año 2012 cuando se dejó de facilitar información, pues esa entidad no la remitía. No puede, por ello, considerarse que en el momento en que se dejaron de percibir intereses se pudiera tener un pleno conocimiento del riesgo asumido por el producto y que no pueda, hasta fecha posterior, que puede situarse en el año 2012, iniciarse el cómputo de la acción de nulidad, plazo que no habría transcurrido en septiembre de 2013, cuando se interpuso la demanda.

SÉPTIMO.- Vicio del consentimiento.

Dispone el artículo 1265 del Código civil que será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo. El artículo 1266 dispone, asimismo, 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 hubieran dado lugar a celebrarlo.

Como ha recordado el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de enero de 2014, con mención a una doctrina jurisprudencial reiterada, hay error cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

La apreciación de un error invalidante del contrato exige, como necesario respeto a la palabra dada, la concurrencia de ciertos requisitos:

- 1.- Que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.
- 2.- El error ha de recaer sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato, y ha de ser esencial en el sentido de proyectarse sobre aquellas presuposiciones que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.



3.- El error ha de ser excusable. La jurisprudencia (sentencias de 4 de enero de 1982 , 28 de septiembre de 1996 , 17 de julio de 2000 , 13 de mayo de 2009 o 25 de noviembre de 2012) exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

Sobre la relación entre el incumplimiento del deber de información por parte de la entidad bancaria en la comercialización de productos financieros y el error, el Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de enero de 2014 , ha declarado que el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error .

En la sentencia de 12 de enero de 2015 el Tribunal Supremo ha señalado que *en el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en la citada sentencia num. 840/2013, de 20 de enero de 2014 y reiterado en sentencias posteriores.*

También se pronuncia la sentencia citada sobre la excusabilidad del error cuando se ha incumplido con el deber de información, en los siguientes términos:

El incumplimiento por la demandada del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a sus clientes, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable.

(...)

Cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, y le impone esa obligación con carácter previo a la celebración del contrato y con suficiente antelación, lo que implica que debe facilitar la información correcta en la promoción y oferta de sus productos y servicios y no solamente en la documentación de formalización del contrato mediante condiciones generales, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (art. 12 Directiva y 5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico.

Ya se ha considerado acreditada la falta de la información suficiente a la demandante sobre las características del producto que le fue ofrecido como una inversión interesante y que han viciado el consentimiento, lo que justifica la nulidad del contrato.

OCTAVO.- Órdenes de transferencia.

Se señala por el recurrente, con reproducción de lo indicado en el escrito de contestación a la demanda, que las órdenes de adquisición de participaciones preferentes no pueden impugnarse, ya que así lo dispone de forma inequívoca el artículo 11 de la Ley 41/1999, de 12 de noviembre , sobre sistemas de pagos y liquidación de valores.

El precepto citado se refiere, sin embargo, a las órdenes de transferencia, definidas en el artículo 10 de la Ley y que se refiere a la instrucción para poner una cantidad de dinero a disposición de un destinatario o a la instrucción para que se transmita la propiedad o cualquier otro derecho. No es el supuesto de la suscripción de una orden de compra de valores, como el que es objeto del procedimiento.

**NOVENO.- COSTAS**

Dado lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y siendo la presente resolución desestimatoria del recurso de apelación, serán a cargo de la parte apelante las costas causadas en esta alzada.

En virtud de lo que dispone la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial , introducida por el número diecinueve del artículo primero de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre , complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, se acuerda la devolución del depósito consignado para recurrir.

FALLAMOS

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la entidad CAIXABANK, S.A., contra la sentencia dictada en fecha 1 de septiembre de 2015 por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Palma en los autos del juicio ordinario de los que el presente rollo dimana.

Se confirma la resolución recurrida en todos sus términos, con imposición a la parte apelante de las costas causadas en esta alzada.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando en esta alzada, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.