



Roj: **SAP OU 105/2015 - ECLI:ES:APOU:2015:105**

Id Cendoj: **32054370012015100059**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **19/02/2015**

Nº de Recurso: **84/2014**

Nº de Resolución: **54/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSEFA OTERO SEIVANE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

### **OURENSE**

**SENTENCIA: 00054/2015**

### **APELACIÓN CIVIL**

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por las Ilmas. Sras. Magistradas D<sup>a</sup> Ángela Domínguez Viguera Fernández, Presidente, D<sup>a</sup> Josefa Otero Seivane y D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Pilar Domínguez Comesaña, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

### **S E N T E N C I A NÚM. 54/2015**

En la ciudad de Ourense a diecinueve de febrero de dos mil quince.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de juicio ordinario 249/13 procedentes del Juzgado de Primera Instancia 3 Ourense, Rollo de Apelación núm. 84/14, entre partes, como apelante, la entidad mercantil NCG Banco SA, representada por la procuradora D<sup>a</sup> Marta Ortiz Fuentes, bajo la dirección de la letrada D<sup>a</sup> María Victoria Fernández Corral, y, como apelados, D. Demetrio y la entidad mercantil Autocares Seara SL, representados por la procuradora D<sup>a</sup> Uxía Ríos Tesouro, bajo la dirección del abogado D. José Arcos Álvarez.

Es ponente la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> Josefa Otero Seivane.

## **I - ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Por el Juzgado de Primera Instancia 3 de Ourense, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 20 de noviembre de 2013, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO:** Estimar íntegramente la demanda interpuesta por la representación procesal de Autocares Seara SL y D. Demetrio contra NCG Banco SA.- Declarar nulos los contratos objeto de este procedimiento suscritos entre las partes litigantes y condenar a NCG Banco SA a Reintegrar a los actores los ciento cincuenta y seis mil euros (156.000) invertidos más los intereses computados conforme al fundamento jurídico quinto, deduciendo del total las cantidades que por intereses derivados de los referidos contratos hubieran percibido los actores, e imponiendo expresamente a la demandada las costas de este procedimiento. "

**Segundo.-** Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación de NCG Banco SA recurso de apelación en ambos efectos, y seguido por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial.

**Tercero.-** En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

## **II - FUNDAMENTOS DE DERECHO**



**PRIMERO** .- La sentencia apelada declara nulos los contratos de adquisición de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas objeto de la demanda, con los pronunciamientos derivados recogidos en los antecedentes de hecho de la presente resolución. Basa la declaración de nulidad en la existencia de error invalidante del consentimiento por la deficiente información proporcionada a los demandantes previamente a la suscripción de los contratos, error que les llevó a concertarlos en el convencimiento de que se trataba de depósitos a plazo fijo. Se alza en apelación la demandada interesando la revocación de la sentencia apelada y dictado de otra por la que se desestime la demanda en su integridad y se impongan las costas a la parte actora. Ésta se opone al recurso solicitando la confirmación de la sentencia de instancia con imposición de las costas de la alzada a la parte apelante.

Plantea la recurrente cuestiones jurídicas reiteradamente resueltas por la Sala al analizar contratos análogos por lo que no cabe sino insistir en la argumentación recogida en las sentencias correspondientes, a salvo, claro está, los razonamientos oportunos en relación con las circunstancias fácticas concurrentes en el caso y alegaciones al respecto de la recurrente.

**SEGUNDO**.- En el recurso se reproduce como alegación preliminar la excepción de caducidad aducida en la instancia respecto a las órdenes de suscripción de valores cursadas entre los años 2003 y 2008, excepción que debe ser rechazada, como hizo la sentencia apelada, siguiendo el criterio reiterado de la Sala sobre el particular. Parte de las órdenes que se aportaron como base de la petición no han sido firmadas lo que supone ausencia absoluta de consentimiento y consiguiente imposibilidad de apreciar la caducidad porque sabido es que la acción de nulidad absoluta, derivada de la falta de consentimiento, no es susceptible de convalidación por el transcurso del tiempo, según reiterada jurisprudencia por conocida de ociosa cita.

Tampoco partiendo de un supuesto de anulabilidad sería apreciable la excepción. Según el artículo 1301 CC 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, frente a lo sostenido en el recurso. Tratándose de contratos de tracto sucesivo como los discutidos la consumación no tiene lugar hasta la realización de todas las obligaciones dimanantes del contrato o, dicho de otra forma, cuando se extingue por hallarse completamente cumplidas las prestaciones. En tal sentido se pronuncia la STS de 11 de junio de 2003 con cita de numerosas precedentes jurisprudenciales, algunos de ellos referidos también a contratos de tracto sucesivo ("el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquel ha sido satisfecho"... "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no empieza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó").

Esta Sala tiene razonado en relación con la caducidad de acciones de anulabilidad referidas a participaciones preferentes o subordinadas que "los demandantes no carecían de acción para solicitar la declaración de nulidad pretendida porque a fecha de presentación de la demanda no puede afirmarse que se habían consumado y cumplido, en su integridad, los vínculos obligaciones totales generados entre las partes. En modo alguno los efectos de la contratación concluyen con la suscripción de la orden de compra, sino que, por el contrario se prolongan en el tiempo, y tienen carácter perpetuo. La caducidad de la acción no ha de examinarse, además, aisladamente en referencia a una determinada orden de compra o suscripción de participaciones preferentes, con abstracción total y plena de lo que se configura como contrato de cuenta de valores, al que la referida orden de compra va unida indisolublemente y, por eso, se firman conjuntamente. Consiguientemente, un documento contractual sin el otro no abarcaría los totales vínculos obligacionales y prestacionales que libremente establecieron las partes contratantes y así, se invoca el vicio en el consentimiento tanto de la suscripción y firma de la orden de compra como de los vínculos derivados de la cuenta de valores, en el que no aparece el término participaciones preferentes. Por todo ello tratándose de una relación contractual de tracto sucesivo, la misma no se agotó con la compraventa de las participaciones, sino que se perpetuó en el tiempo mientras la entidad financiera siguió verificando las liquidaciones periódicas del producto financiero o de inversión, asumiendo la gestión del mismo de cara a los adquirentes, y por ello, a fecha de presentación de la demanda el plazo de cuatro años no había transcurrido ni la acción había caducado o prescrito".

Conforme al criterio expuesto, no puede ser acogida la caducidad puesto que los contratos han continuado desplegando sus efectos después de las ordenes de suscripción, mediante la retribución por intereses que ha venido produciéndose hasta el año 2012, por lo que es claro que al tiempo de interponerse la demanda no había transcurrido el plazo de cuatro años previsto en el artículo 1301 CC, como bien razona la juzgadora de la instancia.

**TERCERO** .- Idéntica suerte desestimatoria merece la denuncia de infracción de las reglas de la carga de la prueba (primer motivo del recurso), basada en la consideración de que la parte actora no ha demostrado el error en el consentimiento que invoca y cuya prueba le incumbe.



Las reglas sobre la carga de la prueba son consecuencia de la obligación inexcusable de los tribunales de resolver los asuntos de que conozcan (prohibición del "non liquet" -no está claro-, artículos 1.7 CC y 11.3 LOPJ). Son normas dirigidas al dictado de la sentencia, entran en juego cuando no se ha logrado la certeza sobre los hechos esenciales para la resolución del litigio, lo que explica su regulación en la LEC dentro de la sección dedicada a los requisitos internos de la sentencia. Quiere ello decir que no cabe hablar de infracción de las reglas de la carga de la prueba cuando la sentencia declara probado un determinado hecho como aquí ocurre con el error denunciado como vicio del consentimiento que la juzgadora de instancia estima acreditado, en conclusión que la Sala comparte.

Las alegaciones en que descansa el motivo, carácter restrictivo de la apreciación del error, imposición a la parte actora de la carga de probar el vicio y obligación de desestimar la demanda si no se consigue esa prueba, siendo ciertas en términos generales, no empecen a la nulidad declarada partiendo de la existencia del error. Lo que, en realidad, subyace en el motivo, es la consideración por la apelante de una errónea aprobación probatoria. Lo mismo ocurre en los motivos segundo y tercero donde se alega indebida valoración de la prueba, inexistencia del error apreciado y no concurrencia de las notas de excusabilidad y esencialidad exigidas para que el error pueda anular el consentimiento, cuestiones que exigen una respuesta conjunta por la íntima conexión entre ellas ya que, en definitiva, lo que se pide a la Sala es una revisión de lo actuado a fin de determinar si se ajusta a derecho la declaración de nulidad efectuada por la sentencia apelada, a la vista de la prueba practicada y de los requisitos legalmente exigidos para tal declaración.

El análisis ha de efectuarse en relación a tres ideas fundamentales, a la vista de la argumentación en que descansa el recurso: requisitos que debe reunir el error para invalidar el consentimiento; alcance y prueba del deber de información de las entidades bancarias en la contratación de productos bancarios de naturaleza compleja como son las obligaciones subordinadas; e incidencia de una información deficiente en la apreciación del error vicio en función del perfil de los demandantes.

Sobre la naturaleza y características de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas ha de estarse a la certera argumentación jurídica de la sentencia apelada, no cuestionada en este extremo. Cabe destacar únicamente, por su relevancia para la decisión, el carácter complejo y de alto riesgo de ambos productos financieros.

**CUARTO** .- Sobre el consentimiento se decía en la sentencia de esta Sala de 26 de octubre de 2012 al analizar producto financiero distinto al que nos ocupa -permuta financiera-, pero también de naturaleza compleja y alto riesgo: "el consentimiento constituye uno de los elementos esenciales del contrato ( artículo 1261 CC ). Se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato ( artículo 1262 CC ). La manifestación de voluntad en que consiste ha de prestarse de modo libre y consciente, sin la concurrencia de vicios que, según el artículo 1265 CC , determinan su nulidad, entre ellos el error invocado en la demanda y apreciado en la resolución impugnada. El error supone un falso conocimiento de la realidad capaz de determinar una emisión de voluntad no realmente querida. Consiste en una representación equivocada de la realidad que produce la realización de un acto jurídico que, de otra forma, no se hubiese llevado a cabo o se hubiese realizado en otras condiciones ( STS de 12 de noviembre de 2010 ). Constituye una creencia inexacta o una representación mental equivocada, que sirve de presupuesto para la realización de un contrato y determina una voluntad no formada correctamente, porque la contemplación del objeto del contrato estaba distorsionada ( STS 13 de julio de 2012 ). El artículo 1266 CC exige para que el error invalide el consentimiento que recaiga sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que, principalmente, hubieren dado motivo a celebrarlo. En interpretación del precepto, la jurisprudencia tiene declarado que para que el error produzca el efecto de anular el contrato es preciso, además, que no sea imputable al interesado, en el sentido de causado por él -o personas de su círculo jurídico-, y que sea excusable, entendiéndose que no lo es cuando pudo ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular, requisito éste que no consta expresamente en el Código civil, pero exigible como elemental postulado de buena fe ( STS de 11 de diciembre de 2006 , a su vez citada en la, antes mencionada, de 12 de noviembre de 2010). La valoración de la concurrencia de los requisitos necesarios para apreciar error determinante de nulidad contractual ha de efectuarse tomando en consideración las circunstancias concretas del caso y, especialmente, las subjetivas de los contratantes".

**QUINTO** .- El deber de información viene impuesto a las entidades bancarias tanto por el principio general de buena fe, informador de todo el derecho de contratos ( artículo 1258 CC ) como por la normativa específica relativa a los servicios financieros perfectamente analizada en la sentencia apelada, singularmente, ley 47/2007 de 19 de diciembre que incorporó a nuestro ordenamiento la Directiva MiFID 2004/39/CE, con la consiguiente modificación de la ley de mercado de valores y Real Decreto 217/2008, y antes RD 629/1993 de 3 de mayo sobre normas de actuación en los mercados de valores y artículos 78 y 79 de la ley de mercado de valores, en la redacción anterior a la ley 47/2007 . De dicha normativa resulta la obligación de las



empresas de servicios de inversión (entre ellas las entidades de crédito, que asesoren, coloquen, comercialicen o presten cualquier servicio de inversión sobre productos complejos) de proporcionar a los clientes minoristas información imparcial, clara, sencilla y no engañosa, previamente a la celebración del contrato, veraz, suficiente y comprensible sobre las características esenciales de los productos ofertados. Además, como cuida de precisar la reciente STS de 15 de diciembre de 2014, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes, según opere como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, o como asesora financiera. En el primer caso, deber valorar los conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto, mediante el denominado test de conveniencia. En el segundo caso, de asesoramiento financiero, la entidad debe evaluar la situación financiera y objetivos de inversión del cliente para poder recomendar el producto, por medio del llamado test de idoneidad, regulado en el artículo 79 bis 6 LMV y artículo 72 RD 217/2008 de 15 de febrero.

Sobre el deber de información se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo 840/2013, del Pleno, de 20 de enero de 2014, referida a contrato de permuta financiera, de naturaleza compleja y elevado riesgo, como los aquí analizados. Partiendo de esa complejidad y de la asimetría informativa que suele darse en la contratación por la desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional, la sentencia destaca la necesidad de proteger al inversor minorista acentuada 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 en contratar un determinado producto". Razona también que el genérico deber de negociar de buena fe, que se contiene en el artículo 7 del Código Civil y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, "conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar". En referencia al incumplimiento del deber de información destaca que "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". Más adelante pone en relación el deber de información con las dos notas exigidas para apreciar el error vicio. En cuanto a la primera dice que "el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero". Y respecto a la excusabilidad: "al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente". Esta doctrina se reitera en las posteriores sentencias del Tribunal Supremo 384/2014 y 385/2014, ambas de 7 de julio, sentencia de 8 de julio de 2014 y la ya citada de 15 de diciembre de 2014.

La prueba de una correcta información incumbe a la entidad bancaria por aplicación del criterio de facilidad y disponibilidad probatoria ( artículo 217.7 LEC ), en atención a su mayor conocimiento del mercado, a su situación de superioridad en la contratación y a la imposibilidad de demostrar un hecho negativo como lo es la falta de información (prueba diabólica).

**SEXTO.-** La sentencia apelada estima que no quedó acreditada la información precontractual sencilla, clara y no engañosa exigida en atención al perfil de los demandantes, conclusión que no aparece desvirtuada por las consideraciones vertidas en el recurso.

La documental aportada no permite un cabal conocimiento de los productos contratados en cuanto omite riesgos esenciales relativos a su liquidez. El testimonio de la directora de la sucursal que intervino en la comercialización resulta insuficiente pues a su condición de empleada de la entidad y directamente implicada en la generación de los contratos, se unen sus respuestas imprecisas sobre la información respecto a la posibilidad de no cobrar intereses ("cree que se comentó"), su admisión sobre la falta de firma de determinados contratos o la no entrega de folletos informativos.

No se pretende exigir al banco una prueba imposible, lo decisivo es que la documentación permita inferir claramente que el minorista sabía que contrataba un producto distinto al depósito tradicional, hecho fácilmente demostrable por la entidad bancaria con los medios a su alcance, mediante una adecuada y completa información escrita, avalada por el cliente de forma manuscrita si preciso fuere, e incluso acudiendo a medios de reproducción autorizados por el cliente que dejen constancia del alcance de la información.



La parte apelante pretende deducir los conocimientos financieros del Sr. Demetrio de dos datos que se reiteran en el recurso, por sí solos carentes de esa virtualidad, cuales son su condición de administrador de la indicada mercantil y la contratación sucesiva de los productos discutidos además de acciones y bonos de Caixa Galicia. Pues bien, la formación y experiencia que debe presumirse de Don Demetrio en su condición de administrador de una empresa de transportes es totalmente ajena al mundo financiero. En tal sentido se pronuncia el laudo arbitral de 12 de septiembre de 2012 que estima la reclamación formulada por aquel en relación con participaciones preferentes en cuya adquisición intervino como representante legal de la entidad Agapymet.

La suscripción sucesiva de obligaciones subordinadas y preferentes no implica conocer su verdadero alcance pues si falla la necesaria información en cada caso, el error se mantiene en el tiempo dentro del marco de la confianza que genera la relación con la entidad durante años sucesivos. En cuanto a los bonos y acciones son productos de diferente funcionamiento, cuya comprensión, de ser cierta, no excluye el error en el caso analizado.

Con el bagaje probatorio expuesto no cabe sino mantener el criterio de la sentencia apelada en orden a la apreciación del error determinante de la nulidad contractual. Si la información no es previa al contrato, ni clara ni comprensible la inferencia a que aquella resolución llega sobre la relación causal entre la defectuosa información y el error padecido se ajusta a la lógica y ha de ser mantenida.

Siguiendo la doctrina sentada en la sentencia del pleno del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 el error es esencial porque recae sobre las cualidades sustanciales del producto y es excusable porque la entidad bancaria no proporcionó al demandante de forma comprensible y adecuada la información de que estaba necesitado. La nota de excusabilidad guarda íntima relación con la confianza depositada en la entidad demandada por la apelada y con la diligencia exigible a cada contratante, en la actora el demandante la de un buen padre de familia (1104 CC), en la entidad apelante la de un ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes.

No cabe exigir a la apelada mayor diligencia que contratar con quién tiene conocimientos específicos en la materia, amparándose en la confianza que le merecía la entidad bancaria en razón a ese conocimiento y a su condición de cliente.

**SÉPTIMO** .- Se halla igualmente abocada al fracaso la alegación sobre la doctrina de los actos propios. Su aplicación se halla supeditada a la concurrencia de los siguientes requisitos, puestos de relieve en la STS de 5 de septiembre de 2012 : 1) una conducta jurídicamente relevante previa y consciente de sus consecuencias; 2) que tal conducta tenga una significación inequívoca e incompatible con la posterior; y 3) que las expectativas defraudadas por la actuación posterior sean razonables (entre otras muchas, sentencias 292/2011, de 2 de mayo , 691/2011, de 18 de octubre y 285/2012 de 8 mayo ).

Pues bien, los hechos que se invocan en el recurso como indicativos de la confirmación contractual carecen de esa virtualidad.

Los rendimientos obtenidos durante la vigencia del contrato son compatibles con la finalidad de obtención de un beneficio que es, en definitiva, la perseguida por un cliente del perfil de la demandante, al depositar sus ahorros en una entidad bancaria. El comportamiento inicial es lógico en tanto el cliente no alcanza a percibir el error en que ha incurrido, siendo desde que tiene conocimiento del error cuando manifiesta su voluntad de dejar sin efecto la operación. Según reiterada jurisprudencia no es aplicable la doctrina de los actos propios en supuestos de error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia ya que el consentimiento viciado es incompatible con la exigida intención manifiesta (por todas STS 28 de septiembre de 2009 ). Finalmente, la contratación sucesiva no excluye el error cuando en ninguna de ellas se ha cumplido el deber de información.

**NO VENO** .- El rechazo del recurso determina la imposición de las costas de la alzada a la parte apelante ( artículo 398 LEC ) y la pérdida del depósito constituido para apelar ( disposición adicional 15ª LOPJ ).

Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente

#### **FALLO:**

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de NCG Banco SA contra la sentencia dictada el 20 de noviembre de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia 3 de Ourense en autos de juicio ordinario 249/13 -rollo de Sala 84/14- resolución que se mantiene en sus propios términos, imponiendo a la parte apelante las costas de la alzada.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para apelar.



Contra la presente resolución, podrán las partes legitimadas interponer, **en su caso**, recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal en el plazo de veinte días ante esta Audiencia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ