



Roj: **SAP OU 117/2015 - ECLI:ES:APOU:2015:117**

Id Cendoj: **32054370012015100071**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **03/03/2015**

Nº de Recurso: **249/2014**

Nº de Resolución: **73/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA JOSE GONZALEZ MOVILLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OURENSE

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por las Ilmas. Sras. Magistradas D.^a Ángela Domínguez Viguera Fernández, Presidente, D.^a Josefa Otero Seivane y D.^a María José González Movilla, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

SENTENCIA: 00073/2015

En la ciudad de Ourense a tres de marzo de dos mil quince.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de Procedimiento Ordinario procedentes del Juzgado de Primera Instancia Dos de O Carballiño, seguidos con el núm. 236/2013, rollo de apelación núm. 249/2014, entre partes, como apelante, NCG BANCO SA, representado por el procurador D. José Prada Martínez bajo la dirección del letrado D. Adrián Dupuy López, y, como apelado, D. Juan Ramón representado por el procurador D. Juan Alfonso García López, bajo la dirección de la letrada D.^a Marisol Novoa Rodríguez.

Es ponente la Ilma. Sra. Magistrada D.^a María José González Movilla.

I - ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Juzgado de 1ª Instancia Dos de O Carballiño, se dictó sentencia en las referidas actuaciones, en fecha 13 de febrero de 2014, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO:** Se ESTIMA la demanda interpuesta por D. Juan Ramón, frente a NCG Banco, S.A., y se DECLARA LA NULIDAD de las órdenes de compra (de 21 de mayo de 2008 y de 11 de junio de 2009) en virtud de las cuales le fueron adjudicadas 417 de las denominadas 4711620007 PART. CAIXANOVA 05-MY y 2.535 de las denominadas 2208026014 OB CAIXA NO VA E/01-03, así como de los dos contratos de depósito y administración de valores firmados el 21 de mayo de 2008. Como consecuencia de esta declaración, NCG Banco, S.A., ha de restituir al actor la cantidad de 101.070 EUROS; mientras que dicho actor ha de restituir a NCG Banco, S.A., los 68.915,96 EUROS percibidos del FGD, más 7.096,06 EUROS, recibidos en concepto de rendimientos. Estas cantidades a restituir generarán el interés legal del modo establecido en el Fundamento Jurídico Séptimo.

Se CONDENA a NCG Banco, S.A., al pago de las costas procesales. "

Segundo.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación de NCG BANCO SA, recurso de apelación en ambos efectos al que se opuso la representación procesal de D. Juan Ramón, 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.- El demandante D. Juan Ramón solicita en el presente procedimiento que se declare la nulidad de los contratos (contrato de depósito y administración de valores y órdenes de suscripción) en virtud de los que adquirió la titularidad de participaciones preferentes de la entidad Caixanova (absorbida por NGC Banco SA), por un valor nominal de 25.020 euros y obligaciones subordinadas de la misma entidad por valor de 76.050 euros. Se indica en la demanda que el actor es cliente de la entidad demandada desde que empezó a trabajar en una empresa en Dacón, operando a través de la oficina de la localidad donde vivía, en Maside, en la que disponía de una cuenta conjunta con su madre D.^a Adela y de la ubicada en Dacón, donde desarrollaba su trabajo. En el año 2008, el director de la oficina de esta segunda localidad le ofreció un producto que le dijo que era como un depósito, seguro, con alta rentabilidad y disponibilidad absoluta, información que le fue corroborada por la directora de la sucursal de Maside, por lo que decidió invertir en aquella oficina la suma de 10.000 euros y en la segunda, 15.000 euros, firmando al efecto toda la documentación que se le expuso, en el mismo día. El día 3 de junio de 2009 falleció su madre y, al acudir a la sucursal de Maside para regularizar sus cuentas, le comunicaron que tendría que firmar determinados documentos para figurar como único titular, accediendo a lo que se le pedía. Al tener conocimiento a través de los medios de comunicación de las irregularidades que se produjeron con la comercialización de determinados productos financieros acudió a la entidad bancaria donde fue informado de que su dinero había sido invertido en participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, y que por ello no podían reintegrarle su inversión. Tras solicitar la documentación relativa a sus ahorros aparece ahora que D.^a Adela firmó el día 27 de diciembre de 2002 un contrato de depósito y administración de valores, y en base al mismo, en fecha 8 de enero de 2003 suscribió obligaciones subordinadas por un valor nominal de 76.000 euros, que fueron vendidas por el actor y nuevamente recompradas el día 3 de junio de 2009, tras el fallecimiento de su madre. Por otro lado, el día 21 de mayo de 2008 firmó el propio demandante un contrato de depósito y administración de valores y una orden de valores, en la oficina de Dacón, mediante la que adquirió 167 títulos del valor denominado PART CAIXANOVA 05-MY, por un valor nominal de 10.000 euros, y el mismo día suscribió otro contrato de depósito en la oficina de Maside, así como una orden de suscripción de 250 títulos del mismo valor por un importe de 15.000 euros. Posteriormente el demandante aceptó la oferta realizada por el Fondo de Garantía de Depósitos, vendiéndole las acciones en las que obligatoriamente se transformaron los valores, recuperando la suma de 68.915,96 euros. Pues bien, manifestando el actor desconocer la realización de todas esas operaciones al considerarse únicamente titular de unos depósitos tradicionales, solicita la nulidad de los contratos suscritos basado su demanda en la existencia de un error como vicio de consentimiento, al no haber sido nunca informado de las características y los riesgos de los productos suscritos. La entidad demandada se opuso a la demanda alegando la caducidad de la acción al haber transcurrido más de cuatro años desde la fecha de las operaciones hasta el momento de presentación de la demanda conforme al artículo 1301 del Código Civil, y, en relación al fondo, mantiene que el error invalidante del consentimiento carece de base alguna pues el actor tenía conocimiento suficiente de lo que suscribía y tomó la decisión de invertir en obligaciones subordinadas y participaciones preferentes con la finalidad de buscar una mayor rentabilidad a sus ingresos, habiendo sido debidamente informado de las características de los productos por los empleados de la sucursal y a través de la documentación contractual suscrita y de los trípticos resumen de los folletos informativos de las emisiones que le fueron entregados. Por otro lado mantiene también la entidad que desde que se habían contratado los productos hasta el momento de presentación de la demanda, el demandante recibió los correspondientes intereses sin manifestar protesta, reclamación o reparo pretendiendo dejar sin efecto los contratos desde el momento en que se dejó de percibir intereses o el valor de los mismos decayó. Por todo ello, solicitó que se desestimase la demanda y, en el caso de que fuera estimada, que se condenase también al actor a devolver los rendimientos recibidos de los productos adquiridos. En la sentencia dictada en primera instancia se estimó íntegramente la demanda declarando la nulidad de los contratos de depósito y administración de valores y las órdenes de suscripción de valores, condenando a la entidad demandada a reintegrar a la actora las sumas invertidas más los correspondientes intereses, y al actor a devolver a la entidad la cantidad percibida como producto de las acciones y los rendimientos obtenidos, con los intereses devengados. La entidad bancaria formuló recurso de apelación en base a los siguientes motivos; falta de legitimación activa respecto de las obligaciones subordinadas al ser adquiridos por la madre del actor y adjudicados al mismo por herencia; infracción de los artículos 6.3 del CC. y 126 y 1 del CC, al declarar la nulidad radical de los contratos; infracción del artículo 1301 CC por no declarar la caducidad de la acción; infracción de los artículos 316 y 326 de la LEC en relación con los artículos 6.3 y 1261 del Código Civil; e incorrecta apreciación de la nulidad de los contratos de depósito y administración de valores.

Segundo.- Se alega por la entidad recurrente, como primer motivo de impugnación la vulneración e interpretación errónea del artículo 1301 y concordantes del Código civil, en que considera que ha incurrido la sentencia de instancia al no haber apreciado la caducidad de la acción de nulidad ejercitada en relación a la primera suscripción de participaciones preferentes, pues desde la consumación del contrato de adquisición



de las mismas, mediante orden de valores de fecha 21 de mayo de 2008 y 11 de junio de 2009 hasta la presentación de la demanda había transcurrido con creces el plazo de cuatro años que para el ejercicio de tal acción establece el mencionado precepto legal.

Tal alegación ha de ser plenamente desestimada. El artículo 1301 del Código civil establece que la acción de nulidad solo durará cuatro años, tiempo que empezará a correr, en los casos de error, desde la consumación del contrato. En interpretación de este precepto legal la doctrina jurisprudencial ha señalado que tal plazo empezará a contarse, no desde la perfección del contrato, sino desde su consumación, es decir, cuando se haya producido el completo cumplimiento de las prestaciones por ambas partes.

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2003 aclara la cuestión, con amplia remisión a otros muchos precedentes jurisprudenciales, señalando: "En orden a cuando se produce la consumación del contrato (...), 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. (...) Este momento de la consumación no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que solo tiene lugar, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes. (...) Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala, afirmando 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 acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó. Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no de que la acción nazca a partir del momento de la consumación al contrato, sino que la misma no podía ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el artículo 1301 del Código civil."

Pues bien, partiendo de ello ha de estimarse que la acción no estaba caducada o que el demandante no carecía 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.

Tercero.- Alega la entidad apelante la falta de legitimación activa de D. Juan Ramón para solicitar la nulidad de la orden de suscripción de obligaciones subordinadas de la entidad Caixanova de 11 de junio de 2009, por importe de 76.050 euros, al haber sido adquiridas por la madre del mismo, el cual las heredó de ella. Entiende la apelante que no es posible acreditar que en la contratación efectuada por la madre en el año 2003 ha concurrido error invalidante del consentimiento al haber fallecido, y que la sentencia dictada en la instancia no ha valorado tal circunstancia, limitándose a examinar la orden de venta y, posterior, orden de compra de los mismos valores, que se efectuó el 11 de junio de 2009, por el actor, sin cuestionar la adquisición inicial. El motivo no puede ser estimado. En la demanda únicamente se solicita la declaración de nulidad de la orden de compra de obligaciones subordinadas de 11 de junio de 2009, en virtud de la que el demandante en el momento de la presentación de la demanda era titular de 2.535 títulos de ese valor, por importe de 76.050 euros, y a esa petición se contrae la sentencia. No se cuestiona la regularidad o la forma, en que en el año 2003, se comercializaron a la madre del actor esas obligaciones subordinadas; lo que sí se cuestiona son las operaciones por las que el mismo, siendo heredero de todos los bienes de su madre y concretamente, del numerario depositado en la entidad, vino a ser titular de un producto cuya naturaleza desconocía, siendo indiferente que el dinero con el que se adquirió se encontrase en un depósito de titularidad de su madre o invertido, a su vez, en un producto de ese tipo.



Lo cierto y lo que es objeto de examen son las operaciones de venta de valores y nueva compra, que el actor dice haberse realizado, sin una información clara y adecuada a su nivel de conocimientos financieros, para lo que está plenamente legitimado.

Cuarto.- Pretendiéndose en la demanda iniciadora de este procedimiento que se declare la nulidad de dos contratos u operaciones, que son la suscripción de participaciones preferentes y la suscripción de obligaciones subordinadas, para determinar si en su celebración han concurrido todos los requisitos esenciales de validez de los contratos es preciso examinar la naturaleza y el carácter de tales operaciones. Las participaciones preferentes son valores emitidos por una entidad para obtener financiación empresarial a largo plazo que constituyen lo que se conoce como "híbrido empresarial", a mitad de camino entre las acciones y las obligaciones o bonos. No otorgan a sus tenedores una verdadera participación en la entidad, aunque, desde el punto de vista contable, se asemejan a las acciones, pues ambas son recursos propios de la entidad que las emite, pero se diferencian de éstas en elementos tales como que no conceden derechos políticos a su titular, lo que supone que al no otorgar derecho a participar en los órganos sociales de la entidad emisora de las participaciones, no se permite a su titular participar en el control del riesgo asumido, ni tampoco otorgan un derecho de suscripción preferente respecto de futuras emisiones. Se trata generalmente de valores de carácter perpetuo, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del Banco de España. Tienen una remuneración generalmente fija en un primer período para hacer la emisión atractiva a los mercados, y variable durante el resto de la vida del producto, condicionándose la remuneración a la obtención de beneficios distribuibles por parte del emisor o de su grupo, y no es acumulable, es decir, si no se percibe en un período, el inversor pierde el derecho a recibirla. En cualquier caso, esa rentabilidad, de la misma forma que el capital invertido, no están garantizados; ni el Fondo de Garantía de Depósitos ni ninguna otra entidad garantizan la inversión y su rentabilidad está vinculada a los resultados de la entidad. Las participaciones preferentes no cotizan en Bolsa, sino que se negocian en un mercado secundario organizado, incluso pueden contar con un contrato de liquidez, pero ésta es limitada, y no siempre es fácil deshacer la inversión, dependiendo de las fluctuaciones del mercado y de la propia situación económica de la entidad emisora. Si ésta no obtiene beneficios y deja de abonar intereses a los titulares de las participaciones preferentes, no existirá mucha demanda al menos por su valor nominal; como tampoco habrá compradores y será más difícil venderlas si se produce un alza de los tipos de interés o los rendimientos ofrecidos por otras entidades financieras o entes públicos por otros productos. Se trata, por tanto, de un instrumento de riesgo elevado que puede generar rentabilidad pero también pérdidas en el capital invertido, dependiendo de la situación del mercado, del emisor y de las condiciones financieras del producto. A pesar de que se denominan preferentes, en orden a la recuperación de los créditos en caso de insolvencia de la entidad, se sitúan por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados y por delante de las acciones ordinarias, hallándose al mismo nivel que el resto de las participaciones preferentes emitidas o que pudiera emitir en el futuro la entidad. Estos valores constituyen instrumentos de inversión complejos y de elevado riesgo. De esa complejidad advierte ya la Disposición adicional segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros (en la redacción dada por la Ley 6/2011, de 11 de abril) al establecer las condiciones exigidas a las entidades de crédito para que puedan computar participaciones preferentes como recursos propios, y por ese mismo carácter, recientemente, el Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, en su Exposición de Motivos, concretamente en su apartado IV, especifica que deben adoptarse medidas de protección del inversor de manera que el Real Decreto-ley dé respuestas decididas en relación a la comercialización de instrumentos híbridos y otros productos complejos para el cliente minorista, entre los que se incluyen las participaciones preferentes, con el fin de evitar que se reproduzcan prácticas irregulares ocurridas durante los últimos años, en los que, como se señala en el Estudio sobre Participaciones Preferentes del Defensor del Pueblo de marzo de 2013, la innovación de los productos financieros, la asimetría informativa y de conocimiento del mercado, junto a la preocupación de los poderes públicos de procurar mecanismos de capitalización a las entidades con el fin de garantizar solvencia y estabilidad a los mercados, han propiciado el ambiente idóneo para la distribución entre ahorradores de instrumentos inadecuados a sus necesidades, a su perfil como inversor y, en muchas ocasiones, a sus deseos, comercializándose como una alternativa a los depósitos a plazo, sin informar debidamente de las características del producto, todo lo que ha generado una situación en el mercado de desconfianza sobre la actividad de las entidades y la proliferación de reclamaciones judiciales como la litigiosa. Por otro lado, las obligaciones subordinadas son productos de renta fija emitidos por una entidad con la finalidad de captar fondos para su financiación, y se basan, como todos los activos de renta fija, en la entrega de dinero de un inversor a un emisor y la devolución por parte de éste del capital más interés a lo largo o al cabo de un determinado período. Como las participaciones preferentes, no otorgan derechos políticos a los suscriptores, que por ello no pueden ejercitar un verdadero control sobre la situación y las actividades de la entidad, ni tienen garantizada su rentabilidad, que depende de los beneficios o la situación económica de quien las emite. Renta fija no implica necesariamente rentabilidad



fija ni ausencia de riesgo. Aunque tradicionalmente en la renta fija los intereses del préstamo se establecen de forma exacta desde el momento de la emisión hasta su vencimiento, actualmente existen otras modalidades más sofisticadas, con intereses variables referenciados a determinados indicadores como tipos de interés (Euribor, etcétera), índices bursátiles o incluso la evolución de una determinada acción, índice, etcétera. Al ser la rentabilidad conocida de antemano, el riesgo para el inversor está en que la entidad, en el momento del vencimiento, pueda hacer frente a los pagos, incumplimiento que es conocido como riesgo de crédito o riesgo de insolvencia (probabilidad de que el emisor del título no pueda hacer frente a sus obligaciones, tanto el pago de cupones o intereses como el reembolso o devolución del capital inicial prestado), riesgo que precisa un análisis económico-financiero muy difícil de realizar a un inversor individual, que es tarea de las empresas especializadas de calificación que periódicamente publican la calificación o "rating" de los emisores de títulos de renta fija. Las obligaciones subordinadas, a diferencia de las participaciones preferentes, suelen tener un plazo de vencimiento no inferior a cinco años desde su emisión, aunque también pueden emitirse por plazo indeterminado (son las llamadas obligaciones subordinadas especiales), pero no conllevan necesariamente una garantía de recuperación del total de su valor nominal a su vencimiento, dependiendo de la solvencia de la entidad, no apareciendo cubiertas por el Fondo de Garantía de Depósitos. Estos valores no cotizan en Bolsa, sino que se negocian en un mercado secundario organizado, dependiendo su liquidez de la evolución de los mercados y de la situación económica del emisor. En caso de venta, el rendimiento que obtiene el inversor será la diferencia entre su precio de transmisión y su precio de adquisición, y su riesgo es que desconoce a qué precio podrá vender el título en el futuro, que depende de la demanda o del interés de otros inversores en el título que se ve afectada sobre todo por los tipos de interés del mercado, cuyo nivel está inversamente relacionado con el precio de la renta fija (cuando suben los tipos de interés, el precio de los títulos de renta fija baja, y cuando bajan los tipos de interés, el precio de la renta fija sube). En todo caso, aun cuando los títulos se mantengan hasta el vencimiento y la entidad pueda devolver el importe invertido, éste puede sufrir una depreciación por el transcurso del plazo de vida de los mismos a causa de la inflación. En caso de liquidación de la entidad emisora, al tener estas obligaciones el carácter de subordinadas, sólo gozan de preferencia sobre los tenedores de participaciones preferentes y los accionistas en el momento de recuperar su capital. Al igual que las participaciones preferentes, constituyen una manera de captar fondos por las entidades emisoras que computan como recursos propios y son determinantes para la calificación de su situación económica, pero son realmente productos de inversión de elevado riesgo que también han sido calificados por la Comisión Nacional del Mercado de Valores como productos complejos. El riesgo y la complejidad de estos dos productos, participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, han determinado que la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en su Guía para la verificación de operaciones de renta fija, haya recomendado que cuando se dirijan al público en general, se entregue al inversor, para garantizar la información, un resumen de las características en formato tríptico que el inversor debe devolver firmado. De todo lo expuesto ha de destacarse finalmente, como conclusión, que tanto las participaciones preferentes como las obligaciones subordinadas, por su naturaleza, sus características, su liquidez y el riesgo que conllevan, no constituyen un instrumento típico de ahorro, sino un producto de inversión. Los ahorradores colocan su dinero en bienes o productos que ofrecen total o casi total garantía de restitución del capital en un breve plazo de tiempo (imposiciones a plazo, fondos garantizados y deuda pública), y los inversores buscan elevados rendimientos arriesgándose a perder parte o incluso la totalidad del capital invertido (acciones cotizadas, fondos no garantizados, participaciones preferentes y obligaciones subordinadas). Lo que ha ocurrido en los últimos años con estos dos últimos tipos de instrumentos es que se distribuyeron por las entidades financieras a ahorradores que pensaban que tenían invertido su dinero en un depósito tradicional, sin ningún tipo de riesgo, y se vieron sorprendidos al descubrir que lo que tenían eran instrumentos de inversión con un elevado riesgo.

Quinto.- En cuanto al régimen jurídico aplicable a contratos como los aquí discutidos resultan de aplicación, en primer término, las normas del Código Civil referidas a los contratos, fundamentalmente a sus elementos esenciales y a las consecuencias de su ausencia (artículos 1.258 y 1.261 y siguientes), las disposiciones de la Ley 7/1998, de 13 de abril , sobre condiciones generales de la contratación, ya que en el ámbito financiero el contenido de los contratos se encuentra predeterminado por el emisor e incluido en condiciones generales, y además, en tanto el inversor suele ser una persona física o jurídica que no actúa en el ámbito de una actividad profesional o empresarial, también será de aplicación el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios y otras leyes complementarias, la cual establece en su artículo 60. 1 que antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del **consumidor** y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo. Pero la protección minorista no termina en esta fase precontractual con el deber de una adecuada información al potencial cliente con carácter previo a la firma, sino que se completa con la protección que dispensa la ley al **consumidor** de un contrato de adhesión. Por ello, utilizándose de forma generalizada en el sector



bancario esta clase de contratos, con condiciones generales que ha de aceptar el cliente si quiere obtener el servicio ofertado, la misma ley impone una serie de requisitos exigibles a las cláusulas no negociadas individualmente: a) concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual; b) accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al **consumidor** y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido; y c) buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas. La complejidad de estos productos y su riesgo conllevan la necesidad de que las entidades que los ofertan sean especialmente diligentes al informar a los **consumidores** sobre sus características, haciéndolo de forma clara y precisa para que puedan prestar su consentimiento sin posibilidad de error alguno. El cumplimiento de esta obligación, que aparece en diversas disposiciones normativas según seguidamente se verá, ha de ser acreditado por la propia entidad bancaria, que dispone de los medios apropiados para ello, siendo inexigible al cliente probar un hecho negativo como sería la ausencia de información veraz y suficiente, en aplicación de los principios de facilidad y disponibilidad probatoria del artículo 217. 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el ámbito concreto de los servicios financieros, la actividad de las entidades comercializadoras de estos productos está sujeta a la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, cuyo artículo 1 define su objeto como la regulación de los sistemas españoles de negociación de instrumentos financieros, estableciendo a tal fin los principios de su organización y funcionamiento y las normas relativas a los instrumentos financieros objeto de su negociación y a los emisores de esos instrumentos. La finalidad de la Ley comprende también la conducta de los que operan en el mercado prestando servicios de inversión y velar por su transparencia, mediante la imposición de obligaciones, conteniendo también normas disciplinarias. La Ley del Mercado de Valores, de 28 de julio de 1988, en su artículo 78 bis, obliga a las empresas de servicios de inversión a clasificar a sus clientes en profesionales y minoristas, definiéndose estos últimos por defecto o exclusión: se considerarán clientes minoristas todos aquellos que no sean profesionales, imponiendo a las entidades obligaciones diferentes en función de dicha clasificación. Asimismo, el Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, que desarrolla parcialmente la citada Ley en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos, realiza una clasificación aún más detallada en sus artículos 38 y 39, al distinguir entre tres clases de inversores en valores negociables: el inversor o cliente minorista, el inversor iniciado o experto y el inversor cualificado. La Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, transpuso al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, MIFID, Markets in Financial Instruments Directive, que ha sido desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero. Con la nueva regulación se profundizó en la protección a la clientela a través del incremento y la precisión de las obligaciones de las entidades financieras. El artículo 79, párrafo primero, señala que las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en la Ley y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo. Las obligaciones de información se desarrollan detalladamente en el artículo 79 bis, que establece: Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias. En el caso de valores distintos de acciones emitidos por una entidad de crédito, la información que se entregue a los inversores deberá incluir información adicional para destacar al inversor las diferencias de estos productos y los depósitos bancarios ordinarios en términos de rentabilidad, riesgo y liquidez. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Ahondando más en las obligaciones concretas de información, el citado artículo, en sus apartados 6 y 7, expresa que la empresa de servicios de inversión que asesore, coloque, comercialice o preste cualquier clase de servicio de inversión sobre tales valores complejos debe cumplir las siguientes obligaciones: a) Obligación de obtener la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate, y sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquél, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan; b) Deber de abstenerse de recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente minorista cuando la entidad no obtenga la referida información; c) Deber de solicitar al cliente minorista



información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente; d) Obligación de advertir al cliente que el instrumento financiero no es adecuado para él sí, sobre la base de esa información, la entidad así lo considera; e) En caso de que el cliente no proporcione la información requerida o ésta sea insuficiente, la entidad tiene el deber de advertirle de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él. Esta obligación de información es también ampliamente detallada en los artículos 60 y 64 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, que desarrolla la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, que transpuso a nuestro ordenamiento jurídico las previsiones de la Directiva 2004/39/CE, conocida como Directiva MIFID. Mediante esta regulación se introdujeron reglas detalladas para la calificación y clasificación de productos por su comercialización, obligándose a las entidades a realizar un test sobre conocimientos financieros y experiencia del inversor. Con el test de idoneidad se pretende que la entidad cuente con información suficiente sobre el cliente para que le sirva de base para asegurarse de que la recomendación que realiza es la adecuada, tanto para alcanzar los pretendidos objetivos de inversión del cliente como para delimitar el riesgo que es capaz de asumir. En caso de resultar que el instrumento financiero no es idóneo, la entidad debe abstenerse de recomendarlo. El test de conveniencia busca que la entidad se cerciore de que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos suficientes en relación a un determinado tipo de producto, de forma que comprenda los riesgos; pero si el test es negativo, la norma sólo impone a la entidad la obligación de advertirlo, pudiendo comercializarse el producto si el cliente lo solicita, previa constancia de las advertencias oportunas al mismo. Además, la entidad debe poner a disposición del inversor un tríptico resumen del folleto de la emisión con el fin de informarle sobre los riesgos del producto que va a adquirir, en el que figurarán sus características. En suma, se imponen de forma clara estrictas obligaciones a las entidades comercializadoras en orden a suministrar a sus clientes, de manera conveniente, información de la naturaleza, riesgos, condiciones económicas y demás características de los instrumentos que les ofrecen, exigencia lógica derivada de la innovación de los productos financieros, la asimetría informativa y de conocimiento del mercado entre entidades y clientes, y la aparición de productos complejos propiciada por las exigencias de capitalización de los organismos públicos a las entidades con el fin de garantizar la solvencia y la estabilidad de los mercados.

Sexto.- La nulidad que se solicita por la demandante se basa en un error contractual que se habría producido al haber suscrito participaciones preferentes, cuando lo que creía haber contratado era un depósito tradicional. Según el artículo 1261 del Código Civil no hay contrato sino cuando concurren tres elementos: consentimiento, objeto y causa. Respecto del consentimiento, el artículo 1.265 lo declara nulo cuando, entre otras causas, ha sido prestado por error; pero no todo error determina la nulidad de un contrato, pues para que invalide el consentimiento y dé lugar a la nulidad, el artículo 1.266 exige que 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 error constituye un falso conocimiento de la realidad, y para que pueda provocar la nulidad del contrato debe reunir los requisitos siguientes: que sea sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga y se refiera a las cualidades esenciales de la cosa, no pudiendo constituir este vicio el mero error de cálculo o de las previsiones negociales; que no sea imputable al que lo padece, ni haberse podido evitar mediante el empleo de una diligencia media o regular, teniendo en cuenta la condición de las personas; y que quede suficientemente acreditado en las actuaciones como cuestión de hecho. Respecto de la exigencia de diligencia, desde hace años ya existe jurisprudencia asentada que especifica que, en términos generales, se utiliza el criterio de imputabilidad del error a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y que la diligencia se aprecia, además, teniendo en cuenta las condiciones de las personas, debiendo exigirse mayor diligencia a un profesional o a un experto que a una persona inexperta en negociaciones con un experto. A la vista de lo expuesto es preciso analizar seguidamente si el actor prestó verdadero consentimiento a la suscripción de participaciones preferentes, o si realmente, como mantienen, en ningún momento fue informado de esos productos, creyendo, erróneamente, que contrataba meros depósitos tradicionales.

Pues bien, D. Juan Ramón adquirió títulos de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas por un valor total de 101.070 euros, creyendo, según manifiesta, que contrataba una clase de depósito sin riesgo alguno, que esa era la información que le fue facilitada por dos empleados de las sucursales donde fueron adquiridos los productos. Para determinar si realmente el actor prestó su consentimiento válidamente debe analizarse si la entidad le suministró información clara y comprensible sobre las características de los productos y del riesgo que asumía en las operaciones, correspondiendo a la misma la prueba de tal extremo. Al efecto el análisis de las pruebas obrantes en autos, únicamente la documentación aportada por las partes y el interrogatorio del actor, conduce a ratificar las conclusiones contenidas en la resolución apelada. La



cuestión debatida exige examinar tres puntos estrechamente vinculados: la naturaleza, características de los títulos objeto del contrato, su complejidad o sencillez; el perfil del comprador, esto es, su formación y experiencia en materia económica y financiera; y la actuación de la entidad en orden a ofrecer a su cliente la información adecuada para que, atendidas las circunstancias, tuviese pleno conocimiento de los productos y de las consecuencias de la suscripción.

Sobre el tipo de producto contratado, ya se ha señalado que las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas son productos complejos definiéndose por la doctrina especializada como activos de renta fija o variable privada, no acumulativa, condicionada, subordinada y carente de derechos políticos. Y su carácter complejo determina las obligaciones de información clara, imparcial y no engañosa que se impone, por la normativa sectorial, a las empresas de servicios de inversión que comercializan los productos.

En relación al perfil del cliente, no consta la formación académica del demandante, que trabajó, hasta que fue declarada su invalidez, en una empresa en la localidad de Dacón. Tampoco se ha acreditado que le mismo tuviera formación y conocimientos en materia bancaria en general y sobre productos de inversión en particular. En la fecha de las dos primeras contrataciones, mayo de 2008, se había incorporado al ordenamiento jurídico español la normativa MIFID, a través de la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, aunque no entró en vigor hasta el mes de junio del año siguiente. Aunque en aquel momento la entidad, por tanto, no estaba obligada a realizar a los inversores los test de conveniencia e idoneidad que la misma impone, se efectuó al demandante un test de conveniencia, con respuestas estereotipadas, en un formulario en el que se formulan cinco cuestiones, de lo que difícilmente puede obtenerse una visión sobre los conocimientos del actor, su comprensión del producto y su adecuación a sus necesidades. Además el resultado del test es que el máximo nivel de riesgo conveniente, según sus conocimientos y experiencia, es un riesgo medio, calificándose como productos incluidos en esa categoría, en el propio documento en que el test se realizó, las participaciones preferentes, que como se ha expuesto son productos complejos, de alto riesgo, por lo que el resultado obtenido en el test impediría a la entidad la comercialización de los valores objeto de este procedimiento. Además, el demandante y su madre siempre habían operado mediante depósitos tradicionales, lo que revela un perfil de cliente minorista en el sentido clásico del término, es decir, un perfil ahorrador/conservador, en inversiones en productos sin riesgo, preferentemente productos como depósitos a plazo fijo, realizados siempre según la información y el asesoramiento recibido de los empleados de las sucursales en que tenía depositados sus ahorros y nada hace pensar que podrían comprar, por su propia voluntad sin previo ofrecimiento, participaciones preferentes u obligaciones subordinadas.

Sobre la información recibida, el actor afirma que confiando en la relación que mantenía con los directores de las dos sucursales, aceptó las participaciones preferentes sin que le proporcionaran mayor explicación sobre los posibles riesgos de la operación, diciéndole ambos simplemente que era totalmente seguro y con absoluta liquidez, y elevada rentabilidad. Sobre las obligaciones subordinadas no consta que hubiera recibido ninguna información verbal, no siendo consciente siquiera de que firmaba primeramente una orden de venta de los valores que había adquirido su madre, para recomprarlos nuevamente.

No existe prueba en autos de que la información errónea y engañosa sobre la naturaleza de los valores fuera desmentida o, cuando menos, puesta en tela de juicio, mediante la entrega de documentación explicativa que permitiera al demandante una mínima reflexión. No existe constancia de que se entregara al demandante información por escrito sobre el significado, la naturaleza, las características, los riesgos y posibles efectos que la evolución económica pudiera tener sobre el producto adquirido. Únicamente se ha aportado la orden de valores suscrita solo por el actor en la que además de las menciones relativas a la identificación del ordenante, número de cuenta asociada, denominación y valor unitario de los títulos adquiridos, importe nominal y fecha límite, se realizan al fondo una serie de menciones que, en absoluto, cumplen la finalidad de información y asesoramiento al inversor a que la entidad venía obligada. El tamaño de la letra, la ausencia de párrafos destacados o de apartados que faciliten la lectura, la utilización de términos técnicos y locuciones de difícil comprensión para el profano, lejos de clarificar al cliente las características de lo suscrito, lo que hacían era ocultar la información que realmente podía interesarle, que debía aparecer expuesta con claridad y precisión. Se alude en la orden que el cliente manifiesta haber recibido el folleto informativo de la emisión, y que conoce los riesgos de la operación.

Mediante la inclusión en los contratos que suscriben los **consumidores**, los clientes bancarios o inversores minoristas de manifestaciones formales de haber sido debidamente informados, solo se pretende por la entidad bancaria obtener prueba documental de haber dado cumplimiento a sus obligaciones legales de información, al corresponderle la prueba al efecto. Pero la inserción de la cláusula que contiene una declaración de ciencia en los contratos, no significa que se hubiera proporcionado realmente esa información, no es una presunción "iuris et de iure", debiendo entenderse que las declaraciones de ciencia o de saber general constituyen una presunción de correspondencia con la realidad que puede ser desvirtuada mediante la



correspondiente actividad probatoria desplegada en el proceso. Y en este caso esa declaración de ciencia no aparece corroborada por ningún medio probatorio. En la cláusula se manifiesta también haber recibido el tríptico resumen del folleto informativo de la emisión pero el mismo no aparece rubricado y, en cualquier caso, la información que se podía obtener del mismo es también insuficiente para considerar cumplido el deber de información.

En relación al folleto informativo de la emisión que dice haber entregado, la información que en el mismo se contiene no cumple los requisitos exigidos en la normativa mencionada, teniéndose en cuenta que se trata de un cliente minorista sin conocimientos financieros. No se destaca que se trata de un producto no cubierto por el Fondo de Garantía de Depósito, aunque se indique que no se trata de un depósito bancario; no se aclara que aunque se hable de participaciones preferentes, no otorgan ningún privilegio al cliente, son acreedores que se sitúan por detrás de los acreedores comunes y subordinados de la entidad; la terminología que emplea es muy técnica, inadecuada para un cliente minorista y no permite conocer las condiciones en que el mismo puede obtener beneficios que se condicionan a su propia existencia y a la normativa bancaria sobre recursos propios, al no explicar qué se entiende por beneficio distribuable; no habiéndose informado de forma clara del nivel de solvencia de la entidad y de la posibilidad, en los años siguientes a la contratación de obtener beneficios, para según ello poder decidir de forma informada sobre la conveniencia del producto; no se explica, ni de una forma somera, el funcionamiento del mercado de la A.I.A.F., al que se alude para referirse al riesgo de liquidez y cotización, ocultando que la forma habitual de venta del producto era un mercado interno entre los propios clientes de la entidad, de forma que cuando un cliente trataba de vender sus participaciones preferentes se ofrecían a otro que intentaba comprar, lo que da lugar a un altísimo riesgo de iliquidez, lo que unido a su carácter perpetuo, puede producir que el cliente no tenga oportunidad de recuperar lo invertido. Por tanto, la parcial información contenida en el folleto tampoco podía clarificar al demandante la naturaleza del producto.

Por todo ello se concluye que la entidad demandada prestó al actor un servicio de asesoramiento financiero, pues le ofreció los productos aprovechando la relación de confianza que tenían los empleados de la sucursal con los clientes, por lo que desde el inicio venía obligada a facilitarle información comprensible y adecuada sobre los productos ofertados, incluyendo una advertencia sobre los riesgos que asumían, lo que no ha hecho, por lo que es necesario determinar cuál es la incidencia de la infracción cometida por la entidad en la válida formación del contrato y, en concreto, en la posible apreciación de error. A estos efectos la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 proclama que "por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros como clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error".

Atendiendo al perfil del demandante es claro que el esfuerzo de información que había que realizar para explicar las características de este producto financiero sería mayor, toda vez que se trata de una persona ajena al ámbito económico- financiero y sin conocimientos especializados que difícilmente podría conocer por sí misma otra cosa que lo que se le decía por los empleados de la demandada, es decir que eran productos de alta rentabilidad y liquidez inmediata, sin mención alguna al elevado riesgo ni su condicionada liquidez. Y en esta situación no podía exigirse al cliente que de otra forma, acudiendo a medios externos a la entidad, se informase de unos riesgos que ni siquiera era consciente de que podrían existir, contratando así incurriendo en un error que es, de todo punto excusable.

Mantiene la entidad que el actor vino cobrando los intereses devengados por el producto sin manifestar protesta o reparo, lo que ha de entenderse como una confirmación tácita del contrato. Tal alegación no puede admitirse. Los actos de ejecución del contrato mientras persista la situación de error no pueden considerarse actos propios o de confirmación. Resultaba necesario que el actor hubiera constatado el alcance y la trascendencia del error, y a continuación, procediese a realizar un acto concluyente que implicase su voluntad de renunciar a la impugnación del contrato, para que éste siga vigente. No existiendo en el presente caso ningún acto que inequívocamente venga a revelar la voluntad del actor de renunciar a la acción de nulidad y confirmar el contrato una vez que conoció el vicio o error invalidante. No hay ningún acto propio del **consumidor**, sino del que paga y la aceptación de intereses no es un acto propio, pues toda persona que deposita una cantidad en una entidad bancaria es con la finalidad de obtener un rendimiento, pudiendo en este caso el actor suponer que los intereses derivaban de una especie de contrato de depósito como el que creía haber suscrito. Por todo ello concurriendo todos los requisitos necesarios para que el error invalide el consentimiento, es procedente desestimando el recurso de apelación interpuesto confirmar la resolución recurrida en su integridad; incluso en lo relativo a la declaración de nulidad de los contratos de depósitos y administración de valores pues los mismos se firmaron en el mismo momento en que se suscribieron los valores y con la única finalidad de servir de sustento con los mismos, careciendo el actor de cualquier otro valor para depositar en ese contrato, y no siendo consciente de lo que suscribía.



Séptimo.- De conformidad con lo establecido en el artículo 398 en relación con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es preceptiva la imposición de las costas al apelante.

Procede, finalmente, decretar la pérdida de la totalidad del depósito constituido para apelar, en aplicación de la 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, de fecha 13 de febrero de 2014, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Dos de O Carballiño en autos de Procedimiento Ordinario 236/2013, cuya resolución consecuentemente se confirma en sus propios términos; imponiendo expresamente a la apelante las costas causadas en este procedimiento.

Se decreta la pérdida de la totalidad del depósito constituido para apelar, al que se dará el destino legal.

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 C-11/2013