



Roj: **SAP C 1125/2015 - ECLI:ES:APC:2015:1125**

Id Cendoj: **15030370052015100137**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **5**

Fecha: **05/05/2015**

Nº de Recurso: **198/2014**

Nº de Resolución: **152/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JULIO TASENDE CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5**

**A CORUÑA**

**SENTENCIA: 00152/2015**

**AUDIENCIA PROVINCIAL**

**SECCION QUINTA**

**A CORUÑA**

**Rollo: 198/14**

**Proc. Origen: Juicio Ordinario núm. 142/13**

**Juzgado de Procedencia: 1ª Instancia núm. 2 de Ordes**

**Deliberación el día: 21 de Abril de 2015**

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña, ha pronunciado en nombre del Rey la siguiente:

**SENTENCIA Nº 152/2015**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

MANUEL CONDE NÚÑEZ

JULIO TASENDE CALVO

CARLOS FUENTES CANDELAS

En A CORUÑA, a cinco de mayo de dos mil quince.

En el recurso de apelación civil número 198/14, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ordes, en Juicio Ordinario núm. 142/13, sobre "preferentes", siendo la cuantía del procedimiento 63.000 euros, seguido entre partes: Como **APELANTE: NCG BANCO, S.A.** , representada por el/la Procurador/a Sr/a. Pérez Goris; como **APELADOS: D. Cristobal , DOÑA Esmeralda y DOÑA Leticia** , representado por el/la Procurador/a Sr/a. González-Goncheiro Álvarez.- Siendo Ponente el Ilmo. Sr. **DON JULIO TASENDE CALVO.-**

#### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Que por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Ordes, con fecha 27 de enero de 2014, se dictó sentencia cuya parte dispositiva dice como sigue:

"

**Que estimando íntegramente la pretensión subsidiaria** de la demanda presentada por el procurador Sr. Álvarez-Concheiro Álvarez en nombre y representación de Don Cristobal , Doña Esmeralda y Doña Leticia contra



NCG Banco S.A., debo declarar y declaro la nulidad de las órdenes de adquisición de valores de obligaciones subordinadas y participaciones preferentes de Caixa Galicia S.A. y *contratos de depósitos y administración de valores vinculados a dichas órdenes, suscritos entre las partes, de fechas 6/03/2000 O.S. CAIXA GALICIA 12-99; 10/06/2005 O.S. CAIXA GALICIA 07/05; 13/06/2005 O.S. CAIXA GALICIA 07-05; y 21/01/2010 PAR. PREFERENTES CAIXA GALICIA EM 18-05-09, las cuales pasarán a ser de titularidad de NCG Banco S.A., condenando a NCG Banco S.A. a estar y pasar por dicha declaración y a devolver a los demandantes la cantidad de sesenta y tres mil euros (63.000 €) con el interés legal devengado desde la fecha de formalización de cada uno de los contratos litigiosos minorada en la cantidad percibida por intereses devengados a favor de los actores durante el tiempo de vigencia de dichos contratos y con aplicación del interés legal desde la fecha de cada uno de sus abonos. Liquidándose en ejecución de sentencia "*

**SEGUNDO.-** Notificada dicha sentencia a las partes, se interpuso contra la misma en tiempo y forma, recurso de apelación por la demandada que le fue admitido en ambos efectos, y remitidas las actuaciones a este Tribunal, y realizado el trámite oportuno se señaló para deliberar la Sala el día 21 de abril de 2015, fecha en la que tuvo lugar.

**TERCERO.-** En la sustanciación del presente recurso se han observado las prescripciones y formalidades legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos de la sentencia apelada en todo aquello que no contradigan los de la presente resolución, y

**PRIMERO.-** Se interpone recurso de apelación por la entidad bancaria demandada contra la sentencia de primera instancia que, estimando la demanda, declara la nulidad de las órdenes de adquisición de valores de obligaciones subordinadas y participaciones preferentes de Caixa Galicia S.A., así como los contratos de depósito y administración de valores vinculados a dichas órdenes, suscritos con los demandantes, y condena a la demandada a devolver a los actores la cantidad de 63.000 euros, con el interés legal devengado desde la formalización de cada uno de los contratos, minorada en la cantidad percibida por intereses devengados a favor de los demandantes durante el tiempo de vigencia de los contratos, con el correspondiente interés legal, habiéndose negociado: 4 títulos de obligaciones subordinadas con un valor nominal de 2.400 euros el 6 de marzo de 2000; 4 títulos de obligaciones subordinadas con un valor nominal de 2.400 euros el 10 de junio de 2005; 67 títulos de obligaciones subordinadas con un valor nominal de 40.200 euros el 13 de junio de 2005; y 18 títulos de participaciones preferentes con un valor nominal de 18.000 euros el 21 de enero de 2010.

Conviene precisar que, aunque en los fundamentos jurídicos de la resolución apelada se aprecia la nulidad de los contratos celebrados, tanto por el incumplimiento de normas imperativas, al amparo del art. 6.3 del Código Civil, como por ausencia de consentimiento debida a error y dolo, en virtud de los arts. 1261 y ss. del mismo Código, la debida congruencia de la sentencia con las pretensiones de la demanda ( art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ), en cuyo suplico se pide expresamente que se declare la nulidad de los contratos celebrados "por la existencia de vicio de error en el consentimiento" y no por otra razón, impide tomar en consideración esas causas de nulidad distintas al error en el consentimiento prestado por los demandantes, así como los motivos del recurso referidos a las mismas, sin perjuicio de que el incumplimiento de la normativa aplicable, en relación con la falta de información necesaria, alegados en la demanda para fundamentar el error de los actores, puedan ser tenidos en cuenta como factores determinantes de este vicio del consentimiento, constitutivo de la nulidad declarada y que la motivación del recurso pretende impugnar.

**SEGUNDO.-** El primer motivo del recurso reitera la alegación de caducidad de la acción de anulabilidad contractual por vicio del consentimiento ejercitada en la demanda, por haber transcurrido el plazo de cuatro años, contados desde la consumación de los contratos en el caso del error, de conformidad con el art. 1301 del Código Civil.

En primer lugar, la calificación del plazo establecido en el art. 1301 del CC como un término de caducidad y no de prescripción no responde a un criterio firme y consolidado en la doctrina jurisprudencial, ya que, si bien la postura favorable a la caducidad parece tener amparo en algunas resoluciones, hay otras que, decidiendo de forma explícita la cuestión, afirman claramente que la acción de anulabilidad está afectada por un plazo que es de prescripción y no de caducidad ( SS TS 25 abril 1960, 28 mayo 1965, 28 octubre 1974, 27 marzo 1987, 23 octubre 1989, 27 febrero 1997, 1 febrero 2002, 3 marzo 2006, 9 mayo 2007 y 30 noviembre 2008 ), siendo por ello susceptible de interrupción por reclamación extrajudicial o reconocimiento del deudor ( SS TS 14 mayo 1955, 27 marzo 1989 y 8 abril 1995 ). La consideración del término previsto en el art. 1301 del CC como un plazo de prescripción obliga a interpretar esta norma, a los efectos de determinar su cómputo, en relación con el art. 1969 del CC, que sitúa el día inicial para contar el plazo en el día en que pudo ejercitarse la acción, lo



cual implica que su titular tenga conocimiento suficiente de la causa de nulidad, como ocurre precisamente en otros supuestos del art. 1301 del CC . Esto nos lleva a concluir que el momento inicial para el cómputo de la acción de anulabilidad contractual por error en el consentimiento es aquél en el cual, una vez producida la consumación del contrato, cabe apreciar que el sujeto ha alcanzado un conocimiento suficiente de todas las consecuencias del contrato y del error padecido, pues, por más que tal cognoscibilidad deba presumirse existente al consumir el contrato, puede haber circunstancias concurrentes que hagan especialmente difícil y dilaten en el tiempo la conciencia del error.

Respecto a la consumación del contrato, es reiterada la jurisprudencia que distingue entre perfección y consumación, señalando que la consumación contractual solo tiene lugar cuando están completamente cumplidas las obligaciones de ambas partes y realizadas sus respectivas prestaciones ( SS TS 24 junio 1897 , 20 febrero de 1928 , 4 mayo 1945 , 11 julio 1984 , 27 marzo 1989 , 11 junio 2003 , 18 julio 2006 y 12 enero 2015 ), como sucede en la compraventa con la entrega de la cosa por el vendedor y el pago íntegro del precio por el comprador ( SS TS 5 mayo 1983 , 28 febrero 1996 , 16 mayo 2006 y 14 mayo 2010 ). En el caso concreto de los contratos de tracto sucesivo y con prestaciones periódicas, que se consuman cuando se agota su cumplimiento, la doctrina legal interpreta el art. 1301 del CC , en los supuestos de error, dolo o falsedad en la causa, no en el sentido de que la acción de nulidad nace a partir del momento de la consumación del contrato, sino estimando que la misma puede ejercitarse mientras no transcurra el plazo de cuatro años desde dicha consumación, pues entender que sólo cabe ejercitar la acción a partir de este momento llevaría a la conclusión jurídicamente ilógica de que, durante toda la vigencia de los contratos de tracto sucesivo y hasta que se produce su consumación no es posible hacer valer su nulidad por las causas expresadas ( S TS 11 junio 2003 ).

De acuerdo con la tesis expuesta, en relación con la naturaleza prescriptiva del plazo y la interpretación armonizadora de los arts. 1301 y 1969 del CC , en el presente caso resulta discutible que la consumación de los contratos celebrados entre las partes se produzca cuando se suscriben las órdenes de adquisición de las obligaciones subordinadas y las participaciones preferentes, como argumenta la demandada apelante, puesto que se trata de contratos vigentes al tiempo de ejercitar la acción de nulidad y de duración perpetua, que generan obligaciones recíprocas de forma continuada en el tiempo, con prestaciones pendientes de cumplimiento y entre ellas distintos tipos de intereses pactados. Pero, aún suponiendo que la consumación tenga lugar en el momento de suscribir las órdenes de adquisición de valores impugnadas, hay que entender, según la interpretación dada a los preceptos citados, que el término de cuatro años previsto en el art. 1301 del CC comienza a contar, una vez consumados los contratos, desde que se tiene efectivo y suficiente conocimiento del error, sin que en este caso pueda decirse que, cuando los demandantes ejercitan la acción de nulidad, ha transcurrido ese plazo desde que tomaron clara conciencia del error cometido por una deficiente información contractual.

En parecidos términos se ha pronunciado la reciente Sentencia del TS de 12 de enero de 2015 , dictada en relación con la acción de nulidad de un seguro de vida "unit linked" por error en el consentimiento, considerando que en el espíritu y la finalidad del art. 1301 se encuentra el tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción, salvo expresa disposición en contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica la pretensión, de modo que 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 de error en el consentimiento, especialmente en relaciones contractuales complejas, como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, en los que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo para ejercitar la acción de nulación, por error o dolo, no debe quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de estos vicios del consentimiento, por lo cual el día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, en su caso, 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 hecho similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido mediante un consentimiento viciado por el error. Por las razones expuestas, y no por las contenidas en la sentencia apelada, cuando argumenta que no procede aplicar el referido plazo de caducidad porque la acción ejercitada en la demanda no es de nulación de los contratos litigiosos sino de nulidad radical o "ex tunc", la excepción de caducidad alegada por la demandada apelante merece ser desestimada.

**TERCERO.-** El motivo sustancial del recurso de apelación interpuesto por la entidad bancaria demandada, alega la infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil , en relación con los arts. 316 , 326 y 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , al estimar que la sentencia apelada ha apreciado erróneamente la prueba practicada y la concurrencia de los requisitos necesarios para que pueda apreciarse el error invalidante del consentimiento contractual de los actores.



En lo que concierne al vicio del consentimiento alegado, al amparo de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil, conviene recordar que una constante doctrina legal, interpretadora del art. 1265 del CC, viene declarando que los vicios del consentimiento contractual de carácter invalidante sólo son apreciables si existe una prueba cumplida de su existencia, la cual incumbe a la parte que los alega, puesto que la voluntad se presume libre, consciente y espontáneamente manifestada, representando una presunción "iuris tantum" de la validez del contrato que puede destruirse mediante dicha prueba ( SS TS 4 diciembre 1990, 13 diciembre 1992, 30 mayo 1995, 6 febrero 1998 y 25 noviembre 2000, 1 febrero 2002 y 3 julio 2006 ). Así, en lo relativo al error, se ha dicho que la prueba de su esencialidad y reconocibilidad es de cuenta de quien lo alega ( SS TS 18 febrero 1994 y 10 febrero 2000 ), y su apreciación con trascendencia anulatoria del contrato debe interpretarse de forma restrictiva y rigurosa, con un sentido excepcional muy acusado, en aras de la seguridad jurídica y del fiel cumplimiento de lo pactado ( SS TS 8 mayo 1962, 14 mayo 1968, 28 febrero 1974, 15 febrero 1977, 30 mayo 1991 y 6 febrero 1998 ), de manera que la representación equivocada se muestre como segura y no como una mera posibilidad dependiente de inciertas circunstancias ( S TS 21 noviembre 2012 ). Por lo tanto, cuando esa prueba plena no se alcance habrá de prevalecer el respeto a lo pactado y a la palabra dada, conforme al axioma "pacta sunt servanda", así como al principio de autonomía de la voluntad negocial o de libertad de pactos ( arts. 1091, 1255 y 1258 del CC ).

Sobre el consentimiento prestado por error, la jurisprudencia tiene declarado, de acuerdo con el art. 1266 del CC, que para que el error en el consentimiento invalide el contrato, además de la voluntad formada a partir de una representación o creencia equivocada, es indispensable: a) que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele claramente su esencialidad; b) que no sea imputable al que lo sufre y derive de hechos desconocidos por el obligado; c) que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad pretendida con el negocio jurídico concertado; y d) que sea excusable, en el sentido de inevitable por el que lo padece empleando una diligencia media o regular, valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso ( SS TS 12 junio 1982, 20 noviembre 1989, 14 febrero 1994, 14 julio 1995, 28 septiembre 1996, 6 febrero 1998, 26 julio 2000, 12 julio 2002, 12 noviembre 2004, 22 mayo 2006, 23 junio 2009, 21 noviembre 2012 y 20 enero 2014 ). En particular, el carácter esencial del error ha de valorarse en relación con las cualidades del objeto o materia del contrato que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa, al margen de las motivaciones o de las previsiones subjetivas de cada parte contratante que no constituyan la finalidad esencial del contrato ( SS TS 30 septiembre 1963, 21 junio 1978, 9 abril 1980, 27 mayo 1982, 17 octubre 1989, 26 julio 2000 y 29 octubre 2013 ). En cuanto a la diligencia exigible, no satisface el requisito de excusabilidad el error que obedece a una negligencia de la parte contratante que incumple el deber que tiene de informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella, cuando tal información le resulta fácilmente accesible, si bien para apreciar la excusabilidad del error habrá que atender a las circunstancias de toda índole, incluso a las personales, y tener en cuenta tanto la conducta del que lo sufrió como el comportamiento de la contraparte, que pudo haberlo provocado, ser conocedora de su existencia o haber incumplido su obligación de informar sobre determinados aspectos del contrato, de manera que si una parte tiene el deber de informarse el mismo principio de responsabilidad negocial impone a la otra el deber de informar, debiendo valorarse las respectivas conductas según el principio de la buena fe ( SS TS 4 enero 1982, 4 diciembre 1990, 14 febrero 1994, 28 septiembre 1996, 6 febrero 1998, 20 diciembre 2000, 23 julio 2001, 22 mayo 2006, 13 febrero 2007 y 6 junio 2013 y 12 enero 2015 ).

Por otra parte, no se puede establecer una relación de causalidad o una equiparación en términos absolutos entre el defecto de información y el error en el consentimiento de su destinatario, ya que, por sí mismo, el incumplimiento de la obligación de informar o su prestación insuficiente no determina necesariamente una voluntad errónea o viciada del que deba recibirla, para cuya apreciación han de concurrir los requisitos exigidos por la doctrina expuesta, en el sentido de ser excusable y recaer sobre el objeto y las cualidades esenciales del contrato. Conviene destacar que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar, ya que pudiera darse el caso de que ese cliente concreto conociera de otro modo el contenido de la información omitida. Además, todo el que contrata soporta el riesgo de que, al consentir, sean acertadas o no sus representaciones sobre las circunstancias en contemplación a las cuales el negocio le parecía adecuado a sus intereses, de manera que lo decisivo es que los nuevos acontecimientos producidos en ejecución del contrato, y que han sido objeto de errónea representación en el momento de su perfección, resulten contradictorios con la regla contractual ( SS TS 8 enero 1962, 29 diciembre 1978, 21 mayo 1997, 21 noviembre 2012 y 29 octubre 2013 ), de manera que, cuando se asume un riesgo de pérdida como contrapartida de la expectativa de ganancia que conlleva un negocio proyectado hacia el futuro y con un acusado componente de aleatoriedad, excluyendo tal incertidumbre una previsión razonablemente segura



acerca del resultado de la operación, no cabe afirmar que el desconocimiento de una futura mutación de las condiciones existentes al contratar influya necesariamente en la correcta formación de la voluntad, al menos en un escenario económico de relativa normalidad. No obstante, también se ha precisado que, en el ámbito del mercado de valores y de los productos o servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa del deber de informar al cliente no profesional, si bien no impide que éste conozca en algún caso la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no padezca error al contratar, la carencia de información lleva a presumir la existencia en el cliente de una falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento, de manera que el incumplimiento por las empresas que operan en los mercados de valores de sus deberes de información, aunque no determina por sí solo la presencia del error, permite presumirlo o al menos determinar la apreciación de su carácter excusable, ya que si el cliente minorista necesitaba esa 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 ( SS TS 20 enero 2014 y 12 enero 2015 ).

Debemos partir de que el fundamento sustancial de la presente demanda descansa en la alegación de que la falta de información necesaria que debía suministrar la entidad crediticia derivó en un error en el consentimiento prestado por los actores, argumento que la sentencia apelada acoge plenamente, al estimar que no se les informó adecuadamente de las características y consecuencias de los productos contratados, y que la falta de información debida o la insuficiencia de la proporcionada afectó a aspectos esenciales de la negociación. Por ello y dada la condición de **consumidores** de los demandantes, parece conveniente recordar que la normativa protectora de los **consumidores** y usuarios, vigente cuando se suscribieron las órdenes de adquisición de las obligaciones subordinadas, reconoce con carácter general el derecho de los **consumidores** a recibir una información correcta sobre los diferentes productos o servicios ofrecidos, en el art. 2. 1 d) de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios de 19 de julio de 1984, debiendo incorporar, los productos y servicios puestos a disposición del **consumidor**, una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales, y en particular sobre su finalidad, precio completo, costes adicionales, condiciones jurídicas y económicas de la adquisición o utilización, así como de los riesgos previsibles ( art. 13. 1 a), d ) y f) LGDCU ). Este derecho se amplía y protege con mayor extensión, haciendo especial referencia al deber de información previa al contrato y a la confirmación documental de la contratación realizada en los arts. 60 y 63 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios y otras Leyes Complementarias, de 16 de noviembre de 2007, aplicable a las órdenes de adquisición de participaciones preferentes suscritas por los actores. En el mismo sentido, pero con un carácter más específico, la legislación impone a las empresas que presten servicios de inversión y a las entidades financieras o de crédito una actuación informativa precontractual que tiende a proteger al cliente. Así, la Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988, en la redacción vigente cuando se adquirieron las obligaciones subordinadas, proclama que como una de las obligaciones de dichas empresas y de las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, el deber de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados ( art. 79. 1 a ) y e) LMV), siendo esta previsión normativa desarrollo de la Directiva 1993/22/CEE , de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, la cual en su art. 11 contempla la obligación de las empresas de inversión de informarse de la situación financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversiones y sus objetivos en lo que se refiere a los servicios solicitados, así como a transmitir de forma adecuada la información que proceda en el marco de las negociaciones con sus clientes, disponiendo su art. 12 que la empresa deberá indicar a los inversores, antes de entablar con ellos relaciones de negocios, qué fondo de garantía o qué protección equivalente será aplicable, en lo que se refiere a la operación o las operaciones que se contemplen, la cobertura garantizada por uno u otro sistema, o bien que no existe fondo ni indemnización de ningún tipo; obligaciones recogidas en su día en el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, vigente hasta el 17 de febrero de 2008, que establecía las normas de actuación de las empresas en los mercados de valores, y en concreto el deber de ofrecer y suministrar a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión, y dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos, haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. La misma Ley del Mercado de Valores, modificada por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, que traspone al ordenamiento jurídico español diversas Directivas europeas y en concreto la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (MiFID), en vigor cuando se celebró el contrato sobre las participaciones preferentes objeto de litigio, contempla las obligaciones de información de las entidades que presten servicios de inversión o asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, tanto con carácter general como especialmente en la contratación con inversores



minoristas de productos complejos, regulando los distintos aspectos de dicha información y los llamados tests de conveniencia sobre los instrumentos financieros, disponiendo que toda la información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser adecuada, imparcial, comprensible y no engañosa, y necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión, de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del producto específico que se ofrece, para que puedan tomar decisiones sobre la contratación con conocimiento de causa, debiendo a su vez la empresa de servicios solicitar al cliente que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el mismo es adecuado para el cliente ( art. 79 bis LMV), precepto desarrollado en el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero , sobre el régimen jurídico de las empresas y entidades de servicios de inversión. A estos efectos, la LMV distingue entre: clientes profesionales, que son aquellos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente los riesgos (art. 78 bis. 2 LMV); y clientes minoristas, que son todos aquellos que no sean profesionales (art. 78 bis. 4 LMV). También contiene una relación de los instrumentos financieros que califica como complejos y no complejos (art. 79 bis. 8, en relación con el art. 2 de la LMV)

Como señala la jurisprudencia más reciente, la citada normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID, da una importancia especial al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, obligando a las empresas que operan en este mercado a observar unos estándares muy altos en la información completa y comprensible que han de dar a los clientes, potenciales o efectivos, lo cual es indicativo de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, o relacionadas con los móviles subjetivos de los inversores, en orden a la obtención de beneficios si se producen determinadas circunstancias en el mercado, irrelevantes como tales para la apreciación del error invalidante, sino que tienen carácter esencial, al proyectarse sobre la sustancia, cualidades o condiciones del objeto del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se negocia, o las garantías existentes frente a su insolvencia, que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos que lleva aparejados a la inversión que se realiza (S TS 12 enero 2015).

También se ha destacado el hecho de que en este tipo de contratos la empresa que presta los servicios de inversión tiene el deber de informar con suficiente antelación, transmitiendo de forma adecuada la información procedente, en el marco de las negociaciones con sus clientes, según proclama el art. 11 de la Directiva 1993/22/CEE , de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, de modo que la información precisa y completa sobre el producto o servicio contratado y sus riesgos ha de ser suministrada, por la empresa al potencial cliente no profesional, ya cuando lo promueve u oferta y con bastante antelación, respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que éste pueda formar adecuadamente su voluntad, lo que no se cumple cuando tal información solo se facilita en el mismo acto de la firma del documento contractual, y además inserta en una reglamentación contractual, por lo general extensa, de lo que se deriva que las obligaciones en materia de información impuestas por la legislación con carácter precontractual no pueden ser cumplidas debidamente en el momento de la celebración del contrato, sino que deben serlo en tiempo oportuno, mediante la comunicación al **consumidor**, antes de la firma de ese contrato, de las explicaciones exigidas por la normativa aplicable (S TJUE 18 diciembre 2014 y SS TS 10 septiembre 2014 y 12 enero 2015 ). Por la misma razón, no se consideran relevantes las menciones contenidas en estos contratos y predisuestas por la entidad bancaria, en las que se declara que el cliente ha sido informado de las características del producto, tiene los conocimientos necesarios para comprenderlas y acepta expresamente el riesgo de la inversión realizada, las cuales se revelan como fórmulas vacías de contenido real cuando resultan contradichas por los hechos que evidencian el verdadero estado de conocimiento del **consumidor**, considerando que la normativa que exige ese elevado nivel de información resultaría inútil si para cumplir sus exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas, y predisuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente (S TJUE 18 diciembre 2014, y SS TS 18 abril 2013 y 12 enero 2015 ). Esta misma jurisprudencia señala que la obligación de información que establece la legislación del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad, por lo que es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas, ya que, sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional y debe poder confiar en que la entidad que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Además, y en lo que afecta al perfil



del cliente, la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto, que no lo da la actuación empresarial en otros campos ( SS TS 18 abril 2013 y 12 enero 2015 ).

**CUARTO.-** La aplicación de la normativa y de la doctrina expuesta al principal motivo de apelación, relativo a la discutida existencia del error constitutivo de vicio en el consentimiento contractual de los demandantes, nos lleva a conclusiones coincidentes con las apreciaciones fácticas y probatorias que contiene la sentencia apelada, que asumimos básicamente al no haber sido desvirtuadas en el recurso y no apreciarse en ellas error valorativo alguno, especialmente en lo relativo a la insuficiencia e inadecuación de la información proporcionada por la entidad financiera, partiendo de la evidente complejidad de los productos contratados (art. 79 bis.8, en relación con el art. 2 de la LMV), así como del claro y no discutido perfil de los actores como clientes minoristas y no profesionales, carentes de cualificación, y de la experiencia o conocimientos necesarios para invertir en los productos contratados y valorar correctamente sus riesgos (art. 78 bis. 2 y 4 LMV), correspondiendo a la demandada la carga de probar el cumplimiento de su obligación activa de informar, con la diligencia que le impone su posición dominante en una relación marcadamente asimétrica con el cliente, el cual, por el contrario y dado su perfil, no tiene el deber de demandar una determinada información.

En el presente caso, no ofrece duda alguna el incumplimiento por la entidad financiera de los expresados deberes informativos sobre la naturaleza y los riesgos asociados a los productos contratados, tanto en la fase previa a su perfección como en el momento del acuerdo, según resulta del propio contenido de los documentos aportados y en concreto de las órdenes de operaciones de valores suscritas. Así, en lo que afecta a las obligaciones subordinadas, contratadas entre los años 2000 y 2005, la prueba de la información facilitada se reduce a la contenida en las propias órdenes de valores, por lo que no se acredita en absoluto que se haya dado a los clientes ningún tipo de explicación precontractual y con suficiente antelación al momento de prestar consentimiento. También se constata que dichas órdenes están firmadas solamente por uno de los tres titulares, y que la breve información incorporada a las mismas bajo la forma de advertencia, que además se limita a las emitidas en el año 2005, hace una referencia meramente formularia y genérica a determinadas características y efectos del producto ofrecido, pero sin explicar de modo detallado y comprensible su verdadera naturaleza y consecuencias más relevantes, así como los riesgos asociados a la operación, siendo irrelevante que el adherente manifieste, mediante una declaración predispuesta en el propio documento, que conoce el significado y trascendencia de la orden y que se le entrega copia del tríptico informativo de la emisión, sin que los documentos presentados sobre este particular con la contestación a la demanda puedan estimarse demostrativos de su recepción por los demandantes ni de su coincidencia con los supuestamente facilitados al firmante.

Con respecto a las participaciones preferentes, tampoco resulta acreditado que los actores hayan tenido información adecuada sobre este producto con antelación bastante para examinar la documentación oportuna y consultar o reflexionar sobre su contratación, ya que nada dice al respecto el director de la sucursal que negoció con el actor y declaró como testigo en el juicio, siendo así que, de los documentos aportados se desprende más bien lo contrario, esto es que la operación se ofertó y concertó al mismo tiempo y en un solo acto, como lo demuestra el hecho de que el test de conveniencia y la suscripción de las participaciones tengan la misma fecha, del 21 de enero de 2010. Por otra parte, fue el empleado de la entidad demandada y no el cliente quien tomó la iniciativa para ofrecer y contratar este producto, reconociendo el testigo que la intención del demandante al acudir a su despacho era simplemente la de mejorar la rentabilidad de las posiciones que mantenía en la entidad, que consistían en depósitos a plazo fijo, por lo que no parece razonable estimar que entre las previsiones del actor estuviera realizar una inversión de alto riesgo como el único medio o la mejor opción de mejorar la rentabilidad de su dinero. También en este caso la orden de compra de valores aparece firmada sólo por uno de los tres titulares, al igual que el test de conveniencia que, además, está sin cumplimentar en todos sus apartados, estableciendo una de las condiciones del contrato que "debido a la falta de información suministrada para la evaluación de la conveniencia, reconozco y acepto la imposibilidad de que Caixa Galicia pueda determinar si el servicio, operación o producto de inversión es adecuado para mi según mis conocimientos y experiencia", cláusula que, además de reconocer palmariamente la falta de información suministrada por la entidad para evaluar la conveniencia del producto en función de los conocimientos y experiencia del cliente, es claramente abusiva y por ello nula de pleno derecho, de acuerdo con los arts. 82.1 , 83 , 86.7 y 89.1, del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios y otras Leyes Complementarias, de 16 de noviembre de 2007, siendo por lo demás evidente el perfil de clientes minoristas de los demandantes y su condición de pequeños ahorradores, carentes de formación específica y de experiencia en la realización de este tipo de operaciones, a la que accedieron por la relación de confianza que mantenían con el director de la sucursal de la demandada que intervino en la negociación y siguiendo sus recomendaciones. Carece así mismo de relevancia, conforme a lo ya expuesto, la declaración, predispuesta en las condiciones generales del contrato, de que el firmante "ha obtenido información suficiente y conoce las características de la emisión, asumiendo los riesgos asociados a la inversión", cuando los hechos relatados



contradicen esta afirmación y demuestran el flagrante incumplimiento del deber de informar apropiadamente al cliente minorista. En cuanto a la información verbal suministrada por éste, dirigida únicamente al firmante de los documentos contractuales, de su testimonio en el acto del juicio se desprende que él mismo tenía un conocimiento general del producto, y que, si bien refiere haber informado al actor de que no era un depósito a plazo fijo, de que la liquidez del producto dependía de su venta en el mercado secundario y de su carácter perpetuo, estos datos no parecen suficientes para transmitir un conocimiento exacto de la trascendencia y efectos de la operación, cuando además no se informa de su carácter complejo e inadecuado para este tipo de clientes, ni del verdadero riesgo contraído, consistente en la posibilidad de perder todo lo invertido, ya que en el documento de compra se habla únicamente de posibles pérdidas derivadas de un precio de venta menor que el abonado al adquirir las participaciones, señalando que su pago "está garantizado solidaria e irrevocablemente por Caja de Ahorros de Galicia", cuando lo cierto es que en la fecha de contratación ya se había desatado la crisis financiera y esta entidad atravesaba una grave situación económica que convertía su desaparición en una probabilidad real.

En definitiva, el incumplimiento por la demandada de sus obligaciones legales de información sobre las características efectivas de la inversión ofrecida a los demandantes, con el elevado grado de exactitud y veracidad en defensa de los intereses del cliente minorista que requerían los complejos productos contratados, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del elevado riesgo contraído y la falta de garantías en la recuperación del capital, comporta que el error de consentimiento generado en los demandantes por esa falta de información, que de haberse producido hubiera impedido su conformidad, es de carácter esencial y excusable y constituye un vicio invalidante que causa la nulidad de los contratos celebrados.

**QUINTO.-** El recurso interpuesto por la parte demandada introduce un motivo de apelación, sobre la vulneración de la doctrina del enriquecimiento injusto y del art. 1303 del CC, al no restituir la sentencia apelada la situación patrimonial anterior a la contratación, argumentando que los 4 títulos de obligaciones subordinadas suscritos por un total de 2.400 euros el 10 de junio de 2005 son una simple renovación de la operación realizada el 6 de marzo de 2000, por igual importe y número de títulos, y no supone una nueva contratación, por lo que sólo se puede declarar la nulidad de aquel contrato, alegación que, además de no haber sido probada de forma concluyente y estar en contradicción con las propias alegaciones y documentos que sustentan la contestación a la demanda, resulta totalmente novedosa y extemporánea y, por ello, vulneradora del derecho de defensa de la parte actora, que solicita expresamente su inadmisión, sin que pueda ser tomada en consideración en la presente instancia al no haber sido oportunamente planteada por la parte demandada.

Como ya tenemos establecido en reiteradas resoluciones, el planteamiento por vía de recurso de cuestiones nuevas y que no han sido oportunamente debatidas en el pleito entraña una clara vulneración del principio "pendente appellatione nihil innovetur", que veda al Tribunal de apelación resolver alegaciones o problemas diferentes de los suscitados en la primera instancia, pues, si bien el recurso de apelación permite al Tribunal de segundo grado conocer del proceso en su integridad y con plenitud de jurisdicción, no constituye un nuevo juicio ni autoriza a decidir tales cuestiones, quedando su ámbito de conocimiento limitado por los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el Tribunal de primera instancia ( art. 456.1 LEC ), por lo cual el escrito de interposición o la vista del recurso deben considerarse trámites improcedentes para formular esas pretensiones novedosas y alterar los términos en los que ha sido planteado el litigio, salvo que se trate de hechos integrados en la "causa petendi" de la pretensión ejercitada o que forman parte del objeto del debate jurídico ( SS TS 23 junio 1948 , 16 junio 1976 , 6 marzo 1984 , 19 julio 1989 , 21 abril 1992 , 9 junio 1997 , 7 junio 2002 , 3 diciembre 2003 y 30 enero 2007 ). Ello es consecuencia de la prohibición de la "mutatio libelli" que rige en general el procedimiento a partir del cierre o preclusión del período alegatorio ( así, en los juicios declarativos, los arts. 400 , 412 , 414 , 426 y 443 LEC , en relación con el art. 222.2 de la misma Ley ), tanto en lo que se refiere a los hechos como a la relación jurídica objeto de litigio, de manera que cualquier cambio o innovación de la cuestión controvertida, tal y como ha quedado definida por las partes, realizada extemporáneamente, conculca una garantía fundamental del proceso vinculada al derecho constitucional de defensa ( art. 24 de la Constitución Española ). En este sentido, tiene declarado una reiterada jurisprudencia que las cuestiones nuevas afectan al derecho de defensa, porque se han debido introducir en el proceso en su momento, conforme a los principios de eventualidad y preclusión, y van, además, contra los principios de audiencia bilateral y de congruencia ( SS TS 5 junio 1990 , 23 diciembre 1992 , 26 julio 1993 , 2 diciembre 1994 , 7 junio 1996 , 31 diciembre 1999 , 23 mayo 2000 y 2 julio 2002 ).

Concretamente, en el juicio ordinario, de acuerdo con los citados arts. 414 y 426, en relación con los arts. 400 , 405 y 412 de la LEC , la contestación a la demanda, y en su caso a la reconvencción, marca el momento preclusivo para la alegación de excepciones o causas de oposición por el demandado o reconvenido, sean procesales o de fondo, sin perjuicio de las alegaciones complementarias en la audiencia previa ( art. 426 ) y de las relativas a hechos nuevos o de nueva noticia, permitidas en la ley hasta el momento anterior al comienzo del plazo para dictar sentencia, a través del llamado escrito de ampliación de hechos ( arts. 400.1 y 412.2, en





relación con los arts. 286.1 y 426.4 de la LEC ). En realidad, dada la función delimitadora del objeto del proceso que cumple la audiencia previa, el cual ha de quedar definitivamente fijado en este acto ( arts. 426 y 428 LEC ), la fase propiamente alegatoria del juicio ordinario, iniciada con la demanda, termina con las alegaciones complementarias efectuadas en la audiencia. Pero, al margen de esta limitada función de la audiencia previa, no cabe admitir, después de la contestación a la demanda o a la reconvenición, nuevos motivos de oposición o defensa no invocados por el demandado o reconvenido en dichos escritos, ni tampoco que, precluido el trámite de contestación, el demandado utilice las alegaciones de la audiencia previa o del recurso para contestar a la demanda, como tampoco cabe plantearlas en el juicio, ni en las conclusiones de las partes sobre los hechos, cuyo objeto esencial es exponer si los hechos controvertidos relevantes han sido o no probados, haciendo un resumen de las pruebas practicadas en el juicio y de su resultado ( art. 433.2 LEC ), ni en el informe sobre los argumentos jurídicos en los que las partes apoyan sus pretensiones ( art. 433.3 LEC ), de manera que su finalidad consiste en valorar la prueba practicada en este acto sobre tales hechos y en fundamentar definitivamente las pretensiones deducidas, no en hacer alegaciones novedosas o reiterar las ya formuladas.

Puesto que la cuestión así planteada en el recurso no fue oportunamente alegada por la ahora apelante en su escrito de contestación a la demanda, sino que se formula por primera vez en la fase de conclusiones del juicio, que tiene lugar después del período alegatorio y terminada la práctica del prueba, con la finalidad expresada, su alegación debe ser reputada extemporánea a la par que vulneradora del derecho de defensa y de igualdad de armas de las partes, dando oportunidad a la parte contraria de oponer lo que estimase oportuno, desde el punto de vista formal o de fondo, y, en su caso, proponer prueba para acreditar la inexistencia del hecho invocado, por lo que no cabe considerar válidamente admitida la introducción del mismo en el proceso y su reiteración en el recurso merece ser rechazada de plano.

Tampoco cabe acoger la alegación de enriquecimiento injustificado formulada en el recurso en relación con el canje de los títulos objeto de litigio por acciones de la entidad bancaria demandada, puesto que en el fallo de la sentencia apelada se declara expresamente que los valores suscritos pasan a ser de titularidad de esta parte.

En consecuencia y por todas las consideraciones expuestas, procede confirmar el fallo que estima en su integridad la petición subsidiaria deducida en la demanda, y que supone en definitiva la total estimación de lo pretendido, por lo que el recurso debe ser desestimado.

**SEXTO.-** La desestimación del recurso determina la imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante ( arts. 394.1 y 398.1 L.E.C ).

**VISTOS** los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLO

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de NCG BANCO S.A., contra la sentencia recaída en el juicio ordinario núm. 142/13, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 2 de Ordes, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, condenando a la parte apelante al pago de las costas de esta alzada.

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