



Roj: **SAP LU 345/2015 - ECLI:ES:APLU:2015:345**

Id Cendoj: **27028370012015100171**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Lugo**

Sección: **1**

Fecha: **06/05/2015**

Nº de Recurso: **76/2015**

Nº de Resolución: **175/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ANTONIO VARELA AGRELO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

### **LUGO**

**SENTENCIA: 00175/2015**

Ilmos. Sres.

D. JOSÉ ANTONIO VARELA AGRELO.

D. JOSÉ RAFAEL PEDROSA LÓPEZ.

Doña. MARÍA ZULEMA GENTO CASTRO.

Lugo, a seis de mayo de dos mil quince.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de LUGO, los Autos de **PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000355/2013**, procedentes del **XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.1 de VIVEIRO**, a los que ha correspondido el **Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000076/2015**, en los que aparece como parte apelante, **NCG BANCO, S.A.**, representada por el Procurador de los tribunales, Sr. MANUEL CABADO IGLESIAS, asistida por el Letrado D. ADRIAN DUPUY LOPEZ, y como parte apelada, **D. Bartolomé y Doña. Cristina**, representados por el Procurador de los tribunales, Sr. CONSTANTINO PRIETO VAZQUEZ, asistidos por la Letrada Doña. MARIA MERCEDES RUBAL DIAZ, sobre acción de nulidad contractual, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ ANTONIO VARELA AGRELO.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.1 de VIVEIRO, se dictó sentencia con fecha 4 de Julio de 2014, en el procedimiento del que dimana este recurso.

**SEGUNDO.-** La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento: "Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda interpuesta por el procurador de los Tribunales Don Constantino Prieto Vázquez, en nombre y representación de D. Bartolomé y Doña. Cristina, frente a la entidad bancaria Novagalicia Banco S.A.; y por consiguiente acuerdo: Primero.- Debo declarar y declaro 1º) La nulidad del contrato de participaciones preferentes suscrito entre Don Bartolomé y Dña. Cristina y la entidad bancaria Novagalicia Banco S.A. en fecha 30 de abril de 2009 con base en el contrato tipo de custodia o administración de valores suscrito en fecha 7 de Enero de 2004 por vicio en el consentimiento. 2º) La nulidad del contrato de obligaciones subordinadas, suscrito por los actores en nombre y representación de su hijo menor D. Inocencio, desde la primera suscripción así como las subsiguientes desde la fecha 26 de enero de 2004, con base en el contrato tipo de custodia o administración de valores suscrito en fecha 7 de enero de 2004 por vicio en el consentimiento. Segundo.- Debo condenar y condeno a la entidad bancaria Novagalicia Banco S.A a entregar a D. Bartolomé y Dña. Cristina la suma de 22.400 euros más intereses legales desde la fecha de suscripción, hasta la fecha de su abono, pero deduciendo de dicho importe las cantidades percibidas por D. Bartolomé y D-a. Cristina como intereses netos abonados por la entidad bancaria Novagalicia Banco S.A., tanto en



nombre propio por la contratación de participaciones preferentes, como en nombre y representación de su hijo Inocencio por la suscripción de las obligaciones subordinadas. Tercero.- Se imponen las costas procesales a Novagalicia Banco S.A.", que ha sido recurrido por la parte NCG BANCO, S.A.

**TERCERO.-** Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, señalándose la audiencia del día 6 de Mayo de 2015 a las 10,30 horas, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia apelada con la modificación que se dirá.

**PRIMERO** .- Consiste la contienda en la acción de nulidad de un contrato de adquisición de obligaciones subordinadas y preferentes de NCG.

La sentencia de instancia estima íntegramente la pretensión actora y contra esta decisión judicial plantea recurso de apelación la parte demandada y civilmente condenada.

**SEGUNDO** .- El visionado del video permite a la Sala compartir la valoración probatoria efectuada con mejor inmediatez por el juzgador "a quo" la cual explica en su sentencia en un razonamiento lógico, coherente con su resultado, y sin fisuras, sin que en los argumentos del apelante se encuentren motivos que lleven a la sustitución del criterio imparcial del Juzgador, por el legítimamente interesado del apelante.

En efecto, no ha quedado acreditado que la entidad bancaria advirtiese a los clientes a quienes ofreció este producto, en debida forma, de los riesgos que llevaba aparejado.

**TERCERO.-** CADUCIDAD DE LA ACCION.

No se puede acoger el motivo.

Una cosa es la perfección del contrato y otra su consumación. Estamos ante un negocio jurídico complejo con vocación de permanencia en el tiempo, por lo que no puede computarse como día inicial la perfección del contrato, sino cuando menos desde que los contratantes toman conciencia de lo realmente adquirieron.

**CUARTO.-** ERROR.

El segundo motivo se apoya en la infracción de los arts. 1.265 y 1.266 y doctrina del T.S. que los interpreta.

No se comparte el argumento y se asumen íntegramente los de la sentencia apelada.

Es el propio T.S. el que en su sentencia del pleno nº 840/2013 de 20-01-2014 al analizar la contratación de otro producto financiero complejo estableció que la asimetría informativa provoca la necesidad de proteger al inversor minorista, no experimentado, en su relación con el proveedor de servicios financieros.

En esta sentencia tras recordar ya que el propio art. 7 del Código Civil establece el deber general de buena fe, lo que obliga a una completa información que permita adoptar una "decisión informada", recuerda que: "... el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada y este error es esencial pues afecta a las prescripciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero".

Estamos ante un matrimonio con un perfil minorista y conservador y con una relación de confianza con los empleados de la entidad.

Los propios empleados desconocían los riesgos del producto ofertado.

Para saber si el error es esencial basta preguntarse si la demandante, de haber conocido la verdadera naturaleza y riesgos del producto, habría efectuado la orden de suscripción.

En cualquier caso, quien tiene que acreditar que se efectuó esa advertencia tanto por las exigencias de la normativa sectorial bancaria y de inversión, como por la perspectiva procesal de que se trata de un hecho negativo es a quien vende el producto, y de lo actuado en modo alguno puede entenderse colmada tal exigencia.

En definitiva, estamos ante un error esencial pues se proyecta sobre elementos básicos de su naturaleza de los que no fue informada y además es excusable pues la complejidad del producto y el desconocimiento de su existencia en el mercado de la banca minorista en las fechas de la contratación impiden la dilución del error a través de la diligencia media que se alega en el recurso.

**QUINTO.-** VALORACIÓN PRBATORIA



El siguiente motivo se proyecta sobre la infracción de los arts. 326 , 348 y 376 de la LEC . Se dice que la juzgadora de instancia efectúa una ilógica valoración de la prueba practicada.

No se comparte el motivo.

La sentencia valora correctamente la prueba llevada a cabo.

La tesis del recurso olvida que en nuestro sistema procesal coexisten los sistemas de prueba tasada y de libre valoración de la prueba. Así el art. 316.1 para el interrogatorio de parte y en determinados supuestos comporta prueba tasada, como ocurre con los documentos públicos o privados no impugnados, pero en general prima el sistema de libre valoración conforme a las reglas de la sana crítica; y ello porque pueden existir resultados probatorios contradictorios entre si que hay que resolver y porque una cosa es interpretar y otra valorar, y en esa valoración se integran las máximas de experiencia, y otros instrumentos intelectuales que pueden llevar siempre con la debida motivación a la explicación de los motivos de la discrepancia de la conclusión, con determinado resultado probatorio.

Por tanto, el hecho de que existan documentos privados ni siquiera impugnados no tiene porque traducirse imperativamente en que todo el contenido de los mismos haya de plasmarse en las concretas consecuencias jurídicas discutidas, pues pueden existir condiciones abusivas que pueden ser legítimamente expulsadas, u otras normas interpretativas que hayan de llevar a la devaluación de la trascendencia probatoria del documento.

En consecuencia la mera suscripción de un formulario o la del tríptico con las características de la emisión, no pueden llevar a la inexistencia de error, cuando se acredita que es un producto inadecuado, y que la propia redacción en tipografía pequeña y con una complejidad incompatible con el tipo de inversor comporta que no se cumplan las exigencias del art. 74 del Real Decreto 217/2008 .

#### **SEXTO.- ASESORAMIENTO.**

Lo relevante no es si había o no obligación de asesorar, sino si el **consumidor** incurrió en un error esencial al no ser consciente de los riesgos del producto contratado, especialmente cuando está acreditado que eran los ahorros para la educación de sus hijos.

No estamos ante una inversión especulativa sino ante un ahorro conservador enfocado a mantener el capital y obtener una rentabilidad razonable.

El denominado asesoramiento puntual es claramente desleal cuando lo que se está haciendo es trasladar al cliente una inversión que pudo ser ruinosa

#### **SEPTIMO.- ACTOS PROPIOS**

El penúltimo motivo se refiere a la infracción de los arts. 1.309 , 1.311 y 1.313 del C. Civil y de la doctrina de los actos propios.

No puede comportarse el motivo.

Se trata de una cuestión sobre la que ya esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en múltiples ocasiones.

Para que un acto propio pueda tener efectos vinculantes ha de ser inequívoco en su interpretación.

Si la persona estaba en la falsa creencia de tener lo que en realidad no tenía, únicamente desde que toma conocimiento de la realidad está en condiciones de ejercitar su defensa. La demora, aunque sea percibiendo unos rendimientos que entiende asociados a otro tipo de producto, es entonces explicable y no puede traducirse en convalidación, ni aceptación de lo que no quiso.

Ha de tenerse en cuenta que este tipo de productos eran desconocidos para el gran público y si se comercializaron al inicio de la crisis fue por intereses de las entidades en asegurar su solvencia a costa de ahorradores que no querían ser inversores y mucho menos de entidades en riesgo de concurso.

#### **OCTAVO.- INTERESES ex Art. 1.109 Código civil .**

Se trata de una cuestión pacífica la que establece que en estos supuestos la entidad ha de devolver el capital y los intereses desde la fecha de la inversión como consecuencia de nulidad acordada.

#### **NOVENO.- INFRACCIÓN ART. 1.307.**

Se comparte con el apelante que los rendimientos a devolver por el cliente serán los brutos y no los netos (pues lo retenido a cuenta se ingresa luego por la entidad por lo que también se beneficia al cliente) así como que debe devolver también el cliente el importe de lo obtenido como consecuencia del canje de acciones a través de FROB.



Sin embargo no se comparte que el cliente haya de abonar intereses por los rendimientos al existir mala fe de la entidad y ser la causante de la nulidad, según Acuerdo de la Junta No Jurisdiccional de los Magistrados Civiles de Galicia de 4-12-2.013.

**DÉCIMO.-** COSTAS.

A la fecha de presentación de la demanda ya era pacífica la doctrina sobre las cuestiones debatidas.

La entidad bancaria pudo evitar el litigio pero lejos de ello obligó a demandar por lo que ahora debe pechar con las costas.

**ONCEAVO.-** Las costas han de imponerse al apelante.

Vistos los artículos de general aplicación.

## FALLAMOS

Se desestima en lo sustancial el recurso de apelación y se confirma en igual medida la sentencia con las únicas modificaciones de establecer que:

- a) Los rendimientos a devolver por los clientes serán los brutos.
- b) Devolverán además lo que hubiese obtenido como consecuencia del canje de acciones a través de FROB.

Se mantiene lo demás.

Se imponen las costas a los apelantes.

Devuélvase al consignante el depósito constituido para recurrir.

Contra dicha resolución no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que pueda interponerse el recurso extraordinario de casación o por infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuyo caso el plazo para la interposición del recurso será el de veinte días, debiendo interponerse el recurso ante este mismo Tribunal.

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