



Roj: **SAP O 1187/2015 - ECLI:ES:APO:2015:1187**

Id Cendoj: **33044370052015100124**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **5**

Fecha: **08/05/2015**

Nº de Recurso: **95/2015**

Nº de Resolución: **126/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA JOSE PUEYO MATEO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

OVIEDO

SENTENCIA: 00126/2015

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 95/15

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO

DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO

DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO

En OVIEDO, a ocho de mayo de dos mil quince.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 102/14, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Oviedo, Rollo de Apelación nº **95/15**, entre partes, como apelante y demandada **ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA, S.A.**, representada por el Procurador Don José Antonio Marqués Arias y bajo la dirección del Letrado Don Adrián Dupuy López y como apelados y demandantes **DON Augusto y DOÑA Tania**, representados por el Procurador Don José Manuel Tahoces Blanco y bajo la dirección del Letrado Don Juan Antonio Cruz Rodríguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Oviedo dictó Sentencia en los autos referidos con fecha dos de enero de dos mil quince, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debo estimar y estimo, *sustancialmente*, la demanda interpuesta por DON Augusto y DOÑA Tania contra **"NCG BANCO, S.A"** (antes **"CAIXA GALICIA"**), y, en su virtud,

1) Declaro la nulidad de la orden de valores de 4.3.09 (compra de 11 "obligaciones Caixa Galicia 01-05"), la orden de valores de 16.4.09 (compra de 121 "participaciones preferentes Caixa Galicia Emisión 18.5.09), la orden de valores de 16.9.09 (compra de 100 participaciones preferentes Caixa Galicia emisión 10- 2009) y orden de valores de 9.10.09 (compra de 10 participaciones preferentes Caixa Galicia Emisión 18.5.09) suscritas por los litigantes, por concurrir vicio de error esencial en el consentimiento, y condeno a la demandada a estar y pasar por esta declaración.

2) Condeno a "NCG Banco, S.A" a pagar a los actores, en concepto de principal, la cantidad de **doscientos treinta y siete mil seiscientos euros (237.600 ?)**, suma que devengará, desde las sucesivas órdenes de suscripción y hasta el día 3 de abril de 2.014, fecha de presentación de la demanda, el interés legal del dinero. Dicho principal, adicionado con los intereses así devengados, formará una suma total que devengará, desde el día 3 de Abril de



2.014 y hasta la fecha de esta sentencia, el interés legal del dinero; y, desde esta sentencia y hasta el completo pago, el interés legal del dinero incrementado en dos puntos.

3) Los actores vienen obligados a restituir los rendimientos percibidos por los títulos litigiosos, más el interés legal de estas sumas a computar a partir de las fechas de las respectivas percepciones y hasta el día 3 de Abril de 2.014, fecha de presentación de la demanda. También deberán entregar al Banco de títulos recibidos en sustitución de las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas y los rendimientos cobrados de ellos, si es el caso.

4) Impongo a la parte demandada todas las costas de este juicio."

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por Abanca Corporación Bancaria, S.A. y, previos los traslados ordenados en el art. 461 de la L.E.C., se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

CUARTO.- En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente la Ilma. Sra. DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Por los actores Doña Tania y Don Augusto se promovió demanda de juicio ordinario frente a la entidad financiera Caixa Galicia, que en el momento de presentar la demanda había pasado a denominarse Nova Galicia Banco y que en el momento de interponerse el recurso de apelación tiene la denominación de Abanca Corporación Bancaria, S.A., solicitando se dicte sentencia en la que se declare la nulidad del contrato celebrado el 30 de julio de 2.004 de depósito y administración de valores, de la orden de adquisición de valores, obligaciones subordinadas, fechado el 4 de marzo de 2.009 por importe de 6.600 €, así como el contrato celebrado el 16 de abril de 2.009 por el que se adquieren 121 participaciones preferentes, siendo el valor nominal de cada una de ellas de 1.000 €, el celebrado el 16 de septiembre de 2.009 por el que se adquieren participaciones preferentes al valor nominal cada una de ellas de 1.000 € y del celebrado el nueve de octubre de 2.009 por el que se adquieren participaciones preferentes al valor nominal cada una de ellas de 1.000 €, siendo el importe total recibido de 267.600 € y ello por concurrir error; subsidiariamente a la petición anterior, se declare la resolución de los contratos por comercialización fraudulenta inicial, así como por incumplimiento de los deberes de información, diligencia, transparencia y lealtad de la entidad demandada.

Sostienen los actores que Don Augusto concertó con la entidad demandada las operaciones referidas tres de ellas a participaciones preferentes y una a obligaciones subordinadas en las fechas y por las cuantías referidas. Mantienen los actores ser clientes ahorradores y conservadores, habiendo llevado a cabo las referidas operaciones Don Augusto en la creencia de que el producto estaba garantizado y que podía disponer del dinero en cualquier momento, reprochándole a la demandada que le recomendara un producto que no era idóneo para el mismo, no habiendo recibido una información veraz de las condiciones y características del producto financiero que se suscribía. El comportamiento indebido de la demandada se pone en evidencia si se tiene en cuenta que incluso la fecha que figura en el documento consistente en el test de conveniencia, 13 de marzo de 2.009, no se compadece con el sello del Banco que lleva fecha 24 de septiembre de 2.009, momento en el que el actor había concertado tres de las cuatro operaciones a las que nos referimos en líneas precedentes. Igualmente se pone de relieve que aunque las órdenes de suscripción tanto de obligaciones subordinadas como de participaciones preferentes se encuentran a nombre de los dos titulares (cuenta asociada) el ordenante sólo fue uno de los cotitulares de la cuenta, no apareciendo en ninguno de los contratos la firma de Doña Tania. A ninguno de los litigantes se les comunicó que tanto las obligaciones subordinadas como las participaciones preferentes constituían y constituyen un instrumento financiero complejo, no habiendo sido informados ni de la naturaleza del producto ni del riesgo elevado de la complejidad de la inversión, como no se les advirtió sobre el alto riesgo que suponía la compra de unas y otras, ni se les entregó por escrito las características de la inversión, todo lo cual les impidió conocer el producto que realmente estaban contratando, por lo que alegan la existencia de error en el consentimiento, reiterando que su perfil es el de un ahorrador conservador moderado que carecen de conocimientos específicos en materia financiera y que además el llamado test de conveniencia que obra en diversos lugares de los autos y concretamente al folio 41 de los mismos carece de todo tipo de profundidad, siendo los estudios de Don Augusto los de Auxiliar de Farmacia y los de su esposa de Auxiliar de Clínica; con base en estos hechos y con cita de diversas normas así como de una pluralidad de resoluciones judiciales se solicita la nulidad por error y subsidiariamente la resolución del contrato, habiéndose incumplido la normativa de protección del **consumidor**.



Por su parte la entidad demandada se opuso a las pretensiones de los actores y solicitó que se desestimara la demanda alegando, en primer lugar, la caducidad de la acción, en segundo lugar, que los actores previamente a estas operaciones que se cuestionan en esta litis habían adquirido bonos de la entidad demandada por valor de 36.500 ? en el año 2.004 y en la misma anualidad habían suscrito obligaciones subordinadas por cuantía de 9.600 ?, por lo que se niega que los demandantes tengan un perfil inversor conservador y de nula formación financiera. Se añade que los demandantes acudieron a la oficina de Oviedo de la entidad demandada con el objetivo de invertir una cantidad de dinero, concretamente 6.600 ?, interesándose por las diversas alternativas existentes, habiéndoles dado las explicaciones pertinentes Don Millán , director de la entidad, tras las cuales se suscriben los productos, constando tanto las características de las obligaciones subordinadas como de las obligaciones preferentes en la documental que tras la práctica de una diligencia preliminar aportan los propios actores, acompañándose con la contestación tríplico resumen del folleto informativo, doc. 3 de la contestación a la demanda. Asimismo se señala que tras la suscripción de las obligaciones subordinadas y de las preferentes los actores han percibido puntualmente sin protesta o reparo alguno los rendimientos generados por su inversión, que durante tres años se elevaron a una cuantía total de 4.593,63 ?. Con base en estos hechos alegan en primer lugar, como ya se dijo, la excepción de caducidad, citándose al respecto el art. 1.301 del CC y señalando que ha transcurrido con creces el plazo de cuatro años desde la fecha de la orden de suscripción de las obligaciones subordinadas y de las participaciones preferentes. En cuanto al fondo del asunto se hace un estudio sobre las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas y se considera que en el presente caso no concurre un vicio en el consentimiento, no cabiendo presumir aún en el supuesto de que se hubiera incumplido la Ley del Mercado de Valores, lo que se cita a efectos puramente polémicos, se haya producido error en el consentimiento y se cita al respecto diversas resoluciones judiciales, haciéndose una mención específica respecto al tema de los intereses señalando que en el caso de que se desestimara la demanda deben deducirse los intereses percibidos, que desde el año 2009 hasta el año 2.012 fueron de 4.593,63 ?. Finalmente se señala en el mes de julio de 2.013, debido al procedimiento de conversión de las participaciones preferentes en acciones de la demandada no admitidas a cotización en mercado regulado, los actores no han percibido del fondo de garantía de depósitos los títulos equivalentes al no haber optado voluntariamente por la venta de los mismos. Por todo ello solicitan la desestimación de la demanda.

El juzgador "a quo" dictó sentencia en la que estimando sustancialmente la demanda declaró la nulidad por error de las operaciones realizadas, condenando a la demandada a pagar a los actores en concepto de principal la cantidad de 237.600 ?, suma que devengará desde las sucesivas órdenes de suscripción y hasta el 3 de abril de 2.014, fecha de la presentación de la demanda, el interés legal del dinero. Dicho principal, adicionado con los intereses devengados, formará una suma total que devengará desde el día 3 de abril de 2.014 y hasta la fecha de esa sentencia el interés legal del dinero y desde entonces el interés del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . A su vez los actores están obligados a restituir a la demandada los rendimientos percibidos por los títulos litigiosos más el interés legal de esas sumas a computar a partir de la fecha de las respectivas percepciones y hasta el 3 de abril de 2.014, fecha de la presentación de la demanda. También deberán entregar al Banco los títulos recibidos en sustitución de las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas y los rendimientos cobrados de ellos si es el caso.

Sostiene el juzgador "a quo", a la vista de la prueba practicada, con carácter previo que no concurre la excepción de caducidad, y entrando al fondo del asunto, que era notorio para el Banco que sus clientes tenían un perfil inversor que se hallaba en un nivel de riesgo bajo y que esas personas carecían de experiencia y de conocimientos para poder asumir cualquier producto financiero que conllevara complicación o riesgo elevado, y se añade que vista la gran cantidad de conceptos económicos, financieros y bancarios que es preciso manejar para poder tener un conocimiento cabal de lo que es una participación preferente o una obligación subordinada, su mecánica de funcionamiento y sus riesgos es evidente, puesto todo ello en contraste con el bajo nivel de formación y experiencia de los actores en productos financieros de máximo riesgo complejos y especulativos, que a éstos les resultaba imposible por sus propios medios entender lo que eran los productos adquiridos, por lo que tiene un carácter esencial la información suministrada por el Banco, quien estaba "obligado a facilitar a los clientes una información previa entregada con suficiente antelación y conteniendo todas las explicaciones precisas en lenguaje sencillo y claro", también estaba obligada a obtener la firma de los dos otorgantes en el contrato de depósito y administración de valores, en las órdenes de suscripción y en los resúmenes explicativos de las emisiones, entregando a los actores un ejemplar o copia de cada uno de estos documentos y a recoger el correspondiente recibí de la entrega debidamente datado y signado por ambos demandantes; igualmente tenía la obligación de entregar la documentación que se detalla en el fundamento jurídico quinto de la resolución de ésta. El Juzgador, a la vista de la prueba practicada, llega a la conclusión de que lo único que está demostrado es que los actores firmaron el contrato de depósito y administración de valores y Don Augusto las órdenes de valores, algunos resúmenes informativos y un test de conveniencia, pero falta la firma de la actora, que es cotitular en todas las órdenes y resúmenes que aparecen signados, no existe documento específico y separado para el riesgo, el resumen del folleto explicativo sobre las subordinadas



no está firmado por nadie, no hubo test de conveniencia para Doña Tania , ni de idoneidad para ninguno de los litigantes e incluso los demandantes tuvieron que instar diligencias preliminares para poder obtener la documentación contractual, y aunque en algunos documentos bancarios se dice que existe entrega de la documentación o que los otorgantes conocen y asumen el producto, dado que el recibo y estas declaraciones de conocimientos están incrustadas en el documento no son pruebas de la entrega, siendo de cargo que la demandada acreditar que la información existió y que los documentos se entregaron en tiempo oportuno. En cuanto al test de conveniencia del Sr. Augusto , se califica en la recurrida como parcialmente falso e íntegramente contradictorio. Por último se examinan las declaraciones testificales de una empleada del Banco y del que fuera Director de la entidad y se concluye que los empleados vendieron los productos referidos como plenamente seguros y líquidos, sin informar de ningún riesgo, y ello con conocimiento de que Don Augusto desconocía en qué consistían las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas, lo que unido a la muy deficiente e incompleta información escrita demuestran que el Banco incumplió el deber de observar una conducta diligente y transparente en interés de los clientes con manifiesta vulneración de lo preceptuado en los arts. 78 y 79 de la Ley 24/1.988 . Asimismo se señala que la ausencia de reclamaciones o quejas durante estos años no es demostración de actos confirmatorios de los contratos, ni suponen vulneración de la doctrina de los actos propios. Finalmente, en el fundamento jurídico séptimo se examina el tema de los intereses, que se lleva al fallo de la resolución.

SEGUNDO.- Recurre la demandada la sentencia de primera instancia, siendo los motivos de impugnación los siguientes: vulneración del art. 1.301 del CC al no declarar la caducidad de la acción por vicio en el consentimiento respecto al contrato de obligaciones subordinadas y a los de participaciones preferentes; vulneración de los arts. 1.265 y 1.266 del CC y la jurisprudencia del TS que los que interpreta al declarar la nulidad por la concurrencia de error en el consentimiento contractual por parte del demandante; vulneración de los arts. 326 y 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al valorar la prueba documental y el interrogatorio de testigos de forma no lógica ni razonable; vulneración de los arts. 1.309 , 1.311 y 1.313 del CC y de la doctrina general de los actos propios reconocida por la jurisprudencia del TS al no declarar la existencia de una confirmación tácita; vulneración del art. 1.109 del CC al condenar a los intereses legales desde la fecha en que se realizó la suscripción de los contratos litigiosos y, finalmente, vulneración del art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la jurisprudencia del TS al condenar al pago de las costas cuando el asunto objeto del litigio es complejo y presenta serias dudas de derecho.

En cuanto al primer motivo del recurso, se centra en la vulneración del art. 1.301 del CC , toda vez que en el mismo se establece que en los supuestos de error o dolo o falsedad de la causa el plazo de cuatro años se computa desde la consumación del contrato, estimando que en buena lógica el plazo debe computarse desde la contratación del producto, ya que en los supuestos de compraventa de títulos la operación está completamente consumada una vez que se ha abonado el precio y se ha entregado la cosa objeto de la compraventa, y se cita al respecto diversas resoluciones judiciales, de modo que habiéndose concertado las operaciones litigiosas el 4 de marzo de 2.009, el 16 de abril de 2.009, 16 de septiembre de 2.009 y 9 de octubre de 2.009 y habiéndose presentado la demanda el 28 de marzo de 2.014 se ha superado ampliamente el plazo de cuatro años recogido en el art. 1.301 CC .

La precedente argumentación no es compartida por la Sala; y así esta AP, en las sentencias de 24 de abril 2.014 y de 15 de mayo del mismo año de la Sec. 4ª, se declaró, concretamente en esta última, *"Reitera la apelante, en primer lugar, la excepción de caducidad de la acción ejercitada por haber transcurrido el plazo de cuatro años previsto en el art. 1.301 del Código Civil .*

En efecto, el art. 1.301 C.C . establece que en los casos de error, el tiempo empezará a correr "desde la consumación del contrato". La jurisprudencia ha diferenciado claramente este momento de la consumación del de perfección del contrato, lo que adquiere especial relevancia en los contratos de tracto sucesivo. La consumación tiene lugar cuando se han realizado todas las obligaciones, cuando estén completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes (véanse en este sentido, entre otras, las sentencias del T.S. de 5 de mayo de 1.983 , 11 de julio de 1.984 , 27 de marzo de 1.989 y 11 de junio de 2.003 , algunas de las cuales ya cita la recurrida).

Es claro que esa consumación no tuvo lugar en este caso, al menos hasta pocos meses antes de iniciarse este proceso, cuando se produjo el canje obligatorio de esas participaciones (mayo de 2.013). Como bien razona la juzgadora de instancia se está en presencia de un contrato de tracto sucesivo, que genera periódicamente el devengo de intereses y tiene, en principio, vocación de perpetuidad, de tal modo que hasta el momento en que la demandante vendió sus títulos seguía produciendo obligaciones para los contratantes y no podía considerarse consumado.

Esta línea, por otro lado, es la que puede considerarse predominante entre las Audiencias Provinciales al enfrentarse a esta misma cuestión, frente a las resoluciones aisladas que cita la recurrente (así, entre otras,



Salamanca, de 19 de junio de 2.013, Pontevedra, de 7 de febrero de 2.014, Albacete, de 21 de octubre de 2.013, Teruel, de 3 de diciembre de 2.013, Zaragoza, de 8 de octubre de 2.013, Valladolid, de 17 de febrero de 2.014, Castellón, de 20 de junio de 2.013 o Sección 7ª de esta Audiencia de Oviedo, de 29 de julio de 2.013, algunas de ellas citadas por la parte apelada". En razón a lo expuesto, debe ser desestimado el primer motivo del recurso.

TERCERO.- Se alega como segundo motivo del recurso la infracción de los arts. 1.265 y 1.266 del CC así como de la doctrina del TS que los interpreta, aplicando incorrectamente la sentencia recurrida los requisitos exigidos para que el error pueda invalidar el consentimiento contractual prestado. Sostiene la apelante que no se ha tenido en cuenta en la recurrida que para anular un contrato por error ha de tenerse en cuenta que su aplicación es restrictiva, debe tener el error un carácter esencial y excusable, debiendo existir un nexo causal entre el error y la finalidad que se perseguía con la suscripción del negocio, que el error concorra en el momento de perfección del contrato, así como la reconocibilidad del error entendido como la posibilidad de que dicho error sea percibido por la contraparte, y se cita al respecto diversas resoluciones judiciales. Pues bien, el Tribunal Supremo en la sentencia de 20 de enero de 2.014 declaró sobre el tema del error en la adquisición de productos financieros: *"Jurisprudencia sobre el error vicio. La regulación del error vicio del consentimiento que puede conllevar la anulación del contrato se halla contenida en el Código Civil, en el art. 1.266 CC, en relación con el art. 1.265 y los arts. 1.300 y ss. Sobre esta normativa legal, esta Sala Primera del Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina jurisprudencial, de la que nos hemos hecho eco en las ocasiones anteriores en que nos hemos tenido que pronunciar sobre el error vicio en la contratación de un swap, en las Sentencias 683/2.012, de 21 de noviembre, y 626/2.013, de 29 de octubre: Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.*

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada ("pacta sunt servanda") imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad - autonomía de la voluntad-, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una "lex privata" (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos.

En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

El art. 1.266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1.261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones 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.

Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias pasadas, concurrentes o esperadas y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquél, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquéllas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si



el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

El deber de información y el error vicio. 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 con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.

El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV (RCL 1.988, 1.644; RCL 1.989, 1.149 y 1.781) imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.

En nuestro caso el error se aprecia de forma muy clara, en la medida en que ha quedado probado que el cliente minorista que contrata el swap de inflación no recibió esta información y fue al recibir la primera liquidación cuando pasó a ser consciente del riesgo asociado al swap contratado, de tal forma que fue entonces cuando se dirigió a la entidad financiera para que dejara sin efecto esta contratación.

De este modo, el deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo como el swap de inflación conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato. Para cubrir esta falta de información, se le impone a la entidad financiera el deber de suministrarla de forma comprensible y adecuada.

Pero conviene aclarar 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 minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información.

Al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente.

Incumplimiento de los test de adecuación e idoneidad. Sobre la base de la apreciación legal de la necesidad que el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados, y del deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una información comprensible y adecuada sobre tales extremos, para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación.

En el primer caso, en que la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, la entidad debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el denominado test de conveniencia. En el segundo, si el servicio prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado test de idoneidad.



En un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.

En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo.

En consecuencia, procede desestimar el único motivo de casación porque la sentencia recurrida, al apreciar el error vicio y acordar la anulación del contrato de swap, no infringió la normativa MiFID ni la jurisprudencia sobre el error vicio."

Aplicando la doctrina precedente al caso de autos, nos encontramos con que los actores tiene una formación que, como ya se ha dicho, era la de Auxiliar de Farmacia en el caso de Don Augusto y Auxiliar de Clínica en el de su esposa, que se trataba de un cliente que según manifestaron los testigos pretendía obtener la máxima rentabilidad de sus ahorros y se informaba de los rendimientos que pudiera obtener en diversas entidades bancarias; que a criterio de Doña Agustina, empleada de la demandada, que en el año 2.009 era Gestora Comercial Administrativa de la misma y conocía al actor desde el año 2.000, aquél habría adquirido las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas debido a la confianza que tenía con los empleados, siendo sus conocimientos financieros básicos y que lo que buscaba era depósitos, no se le explicaron los riesgos porque en aquel momento no los había, aunque con quien celebró el contrato era con el Sr. Cosme, que entonces era Director de la Oficina, ella no intervino para nada en la comercialización del producto; la citada testigo no cree que el actor supiera de la diferencia entre subordinadas y preferentes ni sobre el carácter perpetuo de estas últimas; asimismo sostuvo que el referido cliente llegó a tener sobre 400.000 ? en la demandada y que trabajaba con otras entidades moviendo el dinero de una a otra entidad para obtener mayor rentabilidad. En cuanto a Don Millán, Director en aquel momento de la oficina, manifestó conocer a Don Augusto en el año 2.000 y que el mismo acudió a su oficina por razones de confianza, pero también acudía a otras entidades; en cuanto a su nivel de conocimientos financieros eran medio-bajo, el cliente no sabía que eran las preferentes; igualmente declaró que tanto las obligaciones subordinadas como las participaciones preferentes se vendían rápidamente, radicando el quiz de la cuestión en que en uno y otro caso se trata de recursos propios de la entidad y cuando el Banco va mal pues quedan afectadas aquéllas. En la misma línea que la otro testigo Don Millán declaró que Don Augusto se fiaba más de las personas que de leer los contratos y que era cierto que el Banco les pidió que captaran clientes; añadió que cuando Don Augusto compró pensó que el dinero lo podía recuperar, conformándose con recibir intereses en tres o seis meses; manifestó igualmente el testigo que el actor no conocía la diferencia entre preferentes y subordinadas, aunque la diferencia es pequeña. Igualmente manifestó que Don Augusto no era un hombre con expectativas en los negocios, él sólo quería rentabilidad de su dinero, lo que sí sabía es que no era un plazo fijo; también manifestó que le había explicado que tanto las subordinadas como los preferentes son recursos propios de la entidad y que por eso los intereses eran mayores, y finalizó la declaración manifestando que en las circulares internas del Banco no se hablaba nada de los riesgos, sólo que eran recursos propios y con ellos se mantenía la Caja porque no podía salir a Bolsa. A la vista de estas declaraciones resulta claro que al actor no se le explicó la existencia de los riesgos, según manifestaron los testigos, porque en aquel momento no los había, pero lo cierto es que no se le explicaron al demandante, no pudiendo soslayarse el perfil que él mismo presentaba y sin que a ello obste que hubiera adquirido bonos de Tesorería de la demandada por valor de 36.500 ? contratados en año 2.004, y obligaciones subordinadas de la demandada por importe de 9.600 ? euros en el año 2.004, porque subsiste el hecho de la no explicación de los riesgos por parte del personal con el se concertó la operación. En cuanto al hecho de que el demandante durante tanto tiempo desde el 2.009 hasta que presenta la demanda viviera en el error, es lo cierto que las declaraciones testificales avalan tal situación, como igualmente está acreditado que hasta 2.012 se percibieron intereses. A lo anteriormente expuesto debe añadirse que el test de conveniencia firmado por el actor, y que aparece al folio 41 de los autos, se refiere exclusivamente a las participaciones preferentes, y en él se le pregunta: ¿cuál de los siguientes apartados definen mejor su profesión? Y sin indicar cuáles son esos apartados se contesta: "otros"; la segunda pregunta se titula cultura financiera y se formula de la siguiente forma: ¿cuál de las siguientes frases describe mejor sus conocimientos sobre productos y mercados financieros? Y sin indicar "ninguno", a reglón seguido se consigna: "entiendo los conceptos financieros básicos (rentabilidad, garantía, plazo, tipo de interés...)". La tercera pregunta se titula



experiencia como inversor y se le pregunta si ha contratado en alguna ocasión el producto y la contestación es "si como iniciativa propia", cuando en la parte superior se indica que la fecha del test, sobre esto se razonará posteriormente, es la de 13 de marzo de 2.009, en cuyo momento no había contratado participaciones preferentes, cuya primera compra tiene lugar el 16 de abril de 2.009 según el documento núm. 4 del folio 173 demanda, aunque en el doc. 9 de la contestación se pone como fecha 18 de mayo de 2.009. Y la última pregunta es del siguiente tenor ¿Frecuencia de contratación en el último año? Contestando "más de cinco", lo que no se aviene en absoluto con las operaciones realizadas por los actores y que obran en el documento núm. 9 de la contestación. Esta Sala, en la sentencia de 24 de marzo de 2.014, en un caso en que era demandada quien lo es en este proceso declaró: *"Es decir, fue la entidad demandada quien propuso, asesorando a su cliente, la opción de las participaciones frente a la del depósito o producto de similares características, aireando su mayor rentabilidad, y en este contexto es donde deben de analizarse los deberes de lealtad e información que competían a la entidad y el significado de los test conocidos como de conveniencia e idoneidad.*

No vamos a reiterar la normativa relativa a lo uno y lo otro, pues viene suficientemente recogida en la sentencia recurrida, sino enfatizar su significado y función; y así, si el test de conveniencia viene dirigido a establecer los conocimientos del cliente respecto del ámbito de la inversión a que corresponde el producto ofertado, el de idoneidad se suma a aquél y va más allá, pues introduciendo un componente específico, personal y subjetivo busca conocer, entre otros, los objetivos del cliente para, implicándose activamente el asesor, orientarle sobre la conveniencia de determinado producto, y aquí es donde radica el verdadero meollo de la cuestión, porque, obviamente, en razón de la evidente asimetría entre el cliente y la entidad, tanto respecto de la información financiera y económica como de la comprensión de la verdadera dimensión de la complejidad y riesgo del producto, la entidad al asesorar, en un sentido o en otro, coadyuva a la formación de la voluntad del cliente.

Doña Rosana acude a la entidad porque vence un depósito a plazo fijo y le interesa mantener la rentabilidad del dinero y hacia lo que se le orienta es a la suscripción de participaciones preferentes, producto muy alejado de aquella otra contratación anterior, que no se adapta ni a su perfil de riesgo ni a su categorización como cliente.

La empleada de la entidad ofrece la participación como alternativa al depósito, mejor y más retribuido, cuando es que el propio Banco de España llegó a poner en duda que la participación fuese un producto mejor que el depósito, si a la prima de retribución se le restan los riesgos inherentes a sus características, resultando, al fin, un valor residual mucho más exiguo y dudosamente superior al depósito.

Pero es que dicho producto tampoco estaba en consonancia con el perfil de la actora. Sabemos que se trata de una profesora de un colegio privado pero, en absoluto, se conoce ni se ha demostrado que fuese titular de valores.

En el test de conveniencia ni siquiera se concreta su profesión ni tampoco su cultura financiera, pues no se reseña entre cuál de las siguientes frases debe de incluirla, y además se constata que no ha contratado hasta ahora el producto y, por tanto, no lo conoce y que no ha hecho contratación alguna el último año.

En este contexto, cliente con la cualificación profesional precitada que acude con motivo del vencimiento de un plazo fijo buscando la rentabilidad del nominal liberado y respecto de la que no se conoce experiencia en el mercado inversor ni cultura financiera, el asesoramiento recomendando la participación preferente en sustitución de la renovación del plazo u otro depósito similar se aprecia inadecuado y fue dicho asesoramiento lo que determinó la voluntad de la actora.

Dando un paso más allá, ni siquiera el test de conveniencia tiene una formulación adecuada, ni se practica con la profundidad suficiente como para que la entidad pueda conocer la experiencia del cliente y su adecuada capacidad para entender los riesgos del producto y su acomodación a sus objetivos.

El test no concreta la profesión o estudios del cliente y las opciones posibles (profesión liberal, funcionario o mando de empresa), engloba un muy amplio espectro de sujetos posibles con muy posibles distintos conocimientos y experiencia. Respecto de la cultura financiera, la declaración de que conoce los mercados de valores y los instrumentos financieros apunta o bien a la consideración del cliente como un avezado inversor y, por tanto, no catalogable como minorista, o bien es que no informa de nada, pues no se concreta en qué y por qué de ese conocimiento".

En cuanto a la información escrita, lo que aparece firmado por Don Augusto son las órdenes de suscripción y la información de los documentos núm. 7 y 8, debiendo señalar que en el tríptico informativo no aparece firma ni sello alguno y que respecto a los documentos citados referidos a la emisión de participaciones preferentes aparece el sello del Banco respecto a la fecha 16 de abril de 2.009 y 24 de septiembre de 2.009, fecha sólo la primera coincidente con una de las suscripciones de participaciones preferentes, desconociéndose si se le entregó antes o después de la firma de la orden de suscripción. De modo que, como se señala en la sentencia de esta AP, Sec. 4ª, de 10 de septiembre de 2.014, en un caso análogo al de autos: *"Es cierto, por otro lado, que la apreciación de la existencia de un vicio del consentimiento debe hacerse de modo restrictivo y cauteloso.*



La seguridad jurídica y el respeto a lo pactado así lo imponen. Ahora bien, esta pauta general ha de conectarse con las especialidades que concurren en la contratación bancaria, dada la posición claramente predominante del Banco respecto del cliente, los deberes de información y transparencia que la legislación impone al primero, la complejidad de muchos de los productos que ofrece y la protección que merece el cliente en su condición de **consumidor**.

No observa esta Sala error alguno en la valoración de la prueba acerca del incumplimiento de la obligación de informar que incumbe a la demandada ni infracción acerca de las reglas sobre la carga de la prueba (motivos primero y cuarto del recurso).

Que es al Banco a quien incumbe acreditar que ha observado la obligación de informar al cliente sobre las características y riesgos del producto financiero, parece admitirlo la propia apelante y ya está suficientemente razonado en la sentencia apelada tomando en consideración las reglas sobre carga de la prueba que establece el art. 217 L.E.C. y la mayor facilidad y disponibilidad que tiene la entidad bancaria para acreditar este extremo, en tanto hecho positivo para ella y negativo para el cliente, para quien su demostración resultaría prácticamente imposible. Y es suficiente con que no se haya acreditado que se cumplió debidamente ese deber de información para que se entienda que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, que existió error, a no ser que se demuestre que conociera de antemano, por otros medios, el contenido de esa información, tal y como se acaba de indicar que señala la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2.014.

En el caso aquí analizado la recurrente no acreditó haber cumplido ese deber de información respecto de un producto que reiteradamente ha sido calificado como complejo y de riesgo. La prueba practicada en este punto se limitó a la documental y a la testifical de Doña Enma ". En cualquier caso se añade "no fue capaz de explicar coherentemente por qué ofreció a los actores deuda subordinada cuando las contestaciones que habían dado al test de idoneidad, al que luego se aludirá, eran claramente contrarias a su contratación. Tampoco precisó si la documentación fue entregada a los demandantes antes del contrato o sólo al tiempo de la firma, pese a la trascendencia de este dato a los efectos de demostrar el cumplimiento por el Banco del deber de información, que ha de ser previo, a fin de que los demandantes estuvieran en condiciones de decidir, con pleno conocimiento de causa, tomando como base criterios claros y comprensibles, tal y como se ha visto que exige la jurisprudencia antes transcrita y el art. 60 de la Ley de **Consumidores**." Y se concluye en este extremo: "Nada se acredita, por el contrario, acerca de que se les hubiera proporcionado información previa del producto, en los términos antes indicados, ni que en el momento de la firma los empleados del Banco hubieran explicado, en palabras fácilmente comprensibles, cuáles eran los verdaderos riesgos de lo que contrataban. Como ya ha dicho esta Sala en ocasiones precedentes, si esta clase de obligaciones se diferencia del resto de los productos bancarios por unas determinadas características (rango inferior, ausencia de toda preferencia, falta de garantías, liquidez únicamente en el mercado secundario, posibilidad de pérdidas ilimitadas) resultaba obligado plasmar en un documento, de modo claro y sencillo, esos especiales riesgos para que el **consumidor** pudiera fácilmente advertirlos, lo que es evidente que aquí no se hizo.

Ni siquiera, como indica la sentencia de 20 de enero de 2.014, sería suficiente con una información imparcial, clara y no engañosa -que en este caso no se produjo- sino que, además, la entidad bancaria debería haber proporcionado "de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión", que "deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias" (art. 79 bis LMV (RCL 1.988, 1.644; RCL 1.989, 1.149 y 1.781)).

Esa ausencia de información propició el error sufrido por los demandantes, quienes creían y buscaban contratar una inversión segura, garantizada, con liquidez y sin posibilidad de pérdidas y, en realidad, suscribieron un producto complejo y de riesgo, por lo que ese error ha de calificarse de esencial al incidir en las características principales de lo que era objeto del contrato, con muy perjudiciales consecuencias para ellos pues finalmente se vieron abocados a realizar un canje por acciones, con una notable pérdida de valor de lo invertido.

Ese error, además, debe calificarse de excusable, pues este requisito ha de ponerse en relación con lo ya dicho sobre la deficiente información proporcionada, la condición de **consumidores** de los demandantes, la imposibilidad práctica de conocer los datos del producto en el momento de la firma por las razones indicadas y la jurisprudencia que ha puesto el acento no sólo en quien padece el error sino también en el contratante que lo provoca cuando el primero obró motivado por la confianza que le infundía (véanse, en este sentido, sentencias del TS. de 4 de enero de 1.982, 6 de febrero de 1.998, 30 de septiembre de 1.999, 26 de julio y 20 de diciembre de 2.000, 12 de julio de 2.002, 24 de enero de 2.003 y 17 de febrero de 2.005). Como recuerda la sentencia de 20 de enero de 2.014, antes citada, la ausencia de información por parte de la entidad financiera "incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada,



el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente".

Insiste especialmente la recurrente en que los demandantes ya habían suscrito deuda subordinada en fechas anteriores, de lo que deduce que habían de tener conocimiento de sus características y riesgos, y que el error, de existir, sería inexcusable. Sin embargo, existe una total ausencia de prueba sobre la información que se les hubiera proporcionado en esas ocasiones anteriores, de tal suerte que, operando en la práctica como si de un depósito bancario se tratara, sin más manifestación para los clientes que el devengo periódico de intereses durante el plazo pactado, nada permite presumir que aquéllos supieran cual era la verdadera naturaleza y alcance del producto que habían contratado."

Igual suerte han de seguir los otros motivos que articula la apelante. Y así, respecto a la existencia de una ratificación del negocio por la percepción de los intereses, está Sala ya declaró en la sentencia de 24 de marzo de 2.014 que la recepción por los actores de las retribuciones durante tres años no constituye acto inequívoco de ratificación del negocio, pues para ello sería preciso que la parte hubiese advertido el error antes de eso, lo que en modo alguno se ha acreditado ni está en consonancia con la posición defensiva de la recurrente, que es pura y simplemente que el error no llegó a existir. En el mismo sentido se pronunció la sentencia últimamente citada de la Sec. 4ª de esta AP al declarar: "1º) El hecho de que los demandantes percibieron liquidaciones periódicas de intereses no permite entender que se hubiera producido la confirmación del contrato. Ni ello supone que el cliente fuera consciente del error que había cometido, referido a otros elementos esenciales de lo contratado-liquidez, riesgo de pérdidas, falta de garantía, solvencia de la entidad, preferencia- y no a su rentabilidad, ni se trata de actos que impliquen "necesariamente" la voluntad de renunciar a la acción que aquí ejercita, como sería preciso para que pudiera operar la confirmación tácita prevista en el art. 1.311 C.C, más aún cuando ese abono de intereses también se daría en el caso de que lo que hubiera suscrito el demandante fuera otro producto carente de esos riesgos, como un depósito bancario. Menos aún cabe anudar la doctrina de los actos propios o la de la convalidación del contrato al hecho de que se hubiera impuesto el canje de la deuda por acciones, al que se vieron forzados por la normativa surgida al efecto. Sin perjuicio, claro está, de que el deber de restitución inherente a la declaración de nulidad, comporta la devolución de los nuevos títulos, o el de su importe más sus intereses si se hubiera procedido a su liquidación."

Por lo que se refiere a la valoración de la prueba, ya se vio que se estima correcta la efectuada por el juzgador "a quo" siendo claros los testimonios de los dos empleados de la oficina, y tampoco se estima que haya vulneración de los preceptos del CC sobre vicios del consentimiento por lo expuesto en líneas precedentes, y en cuanto a la vulneración de la doctrina de los actos propios, por las mismas razones no se estima que se haya producido en el caso de litis.

CUARTO.- Alega la parte apelante vulneración del art. 1.109 CC al computar los intereses legales desde la fecha en que se realizó la suscripción del contrato. Sobre este extremo debe señalarse que ciertamente en el fallo de la resolución recurrida se establecen los intereses en la forma que se consigna en el fallo, y a la que se hizo referencia en líneas precedentes, tomando como día inicial el de la orden de suscripción. Pues bien, esta AP se ha pronunciado sobre el tema en diversas resoluciones, y así la sentencia de la Sec. 4ª de 10 de septiembre de 2.014 declaró: "El pago de los intereses no deriva en este caso de la situación de morosidad del deudor, sino de la declaración de nulidad del contrato, que determina que las partes vuelvan a tener la situación patrimonial anterior al efecto invalidante y, por ello, deba restablecerse la situación económica previa al contrato nulo (sentencias de 26 de julio de 2.000 , 11 de febrero de 2.003 y 22 de abril de 2.005). Los intereses habrán de abonarse, por ello, desde el momento en que se hubiera hecho el correspondiente pago (sentencias de 12 de noviembre de 1.996 y 11 de febrero de 2.003) y habrá de ser el legal, como apuntan estas mismas sentencias".

Y esta Sala, en la sentencia de 27 de marzo de 2.015 y previamente la de 29 de noviembre de 2.013 , declaró, con cita y reproducción de la sentencia del TS : "que los intereses moratorios cumplen la función de resarcir al acreedor del daño que se considera le causó el deudor de suma de dinero, por haber incurrido en mora en el cumplimiento de la obligación.

A ellos se refiere el artículo 1.108 del Código Civil (LEG 1.889, 27), según el que, si la obligación tuviera por objeto la entrega de una cantidad de dinero, la indemnización de los daños y perjuicios consistirá en el abono de los intereses convenidos o, en su caso, de los legales. Sigue el precepto, en este punto, la línea marcada por el artículo 1.017 del Proyecto de 1.851, tras el 1.153 del Código Civil francés -" [...] ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts au taux légal [...]".

Sin embargo, no siempre los intereses constituyen el objeto de una prestación indemnizatoria. Antes bien, en ocasiones se consideran frutos o rendimientos de un capital, a los que, por virtud de la presunción de productividad de éste, tiene derecho el acreedor en aplicación de las reglas sobre la restitución integral de las prestaciones realizadas en cumplimiento de contratos declarados ineficaces y, al fin, sobre la interdicción del



enriquecimiento sin causa - sentencias 81/2.003, de 11 de febrero (RJ 2.003, 1 . 004), 325/2.005, de 12 de mayo (RJ 2.005, 6 . 377), y 1.385/2.007, de 8 de enero (RJ 2.007, 812), entre otras muchas-

Así lo hacen los artículos 1.295, primer párrafo, y 1.303 del Código Civil, al regular los efectos de la rescisión o de la declaración de la nulidad del contrato, mediante una regla que obliga a devolver la cosa con sus frutos y el precio con sus intereses y que se aplica, también, a otros supuestos de ineficacia que produzcan consecuencias restitutorias de las prestaciones realizadas - sentencias 772/2.001, de 20 de julio (RJ 2.001, 8 . 403), 812/2.005, de 27 de octubre (RJ 2.005, 7 . 356), y 1.385/2.007, de 8 de enero (RJ 2.007, 812), entre otras-, cual sucede con la resolución de las relaciones contractuales, como regla general.

Pues bien, desde el punto de vista de la congruencia, una y otra clase de intereses recibe distinto trato en la jurisprudencia.

En efecto, como establecen las sentencias números 988/1.996, de 18 de noviembre (RJ 1.996, 8 . 361), 274/2.002, 21 de marzo (RJ 2.002, 2 . 526), y 741/2.008, de 18 de julio (RJ 2.008, 4.719), entre otras, los intereses moratorios han de ser solicitados por las partes, de modo que no pueden los Tribunales condenar a su pago de oficio sin incurrir en incongruencia.

Por el contrario, para hacer efectivas las consecuencias restitutorias de la declaración de ineficacia de un contrato ejecutado, íntegramente o en parte, y para impedir, en todo caso, que queden a beneficio de uno de los contratantes las prestaciones que del otro hubiera recibido, con un evidente enriquecimiento sin causa, la jurisprudencia - sentencias 105/1.990, de 24 de febrero, 120/1.992, de 11 de febrero, 24 de febrero de 1.992 (RJ 1.992, 1.513) (recurso número 105/1.990), 81/2.003, de 11 de febrero, 812/2.005, de 27 de octubre, 934/2.005, de 22 de noviembre (RJ 2.005, 10 . 198), 473/2.006, de 22 de mayo (RJ 2.006, 5.825), entre otras- considera innecesaria la petición expresa del acreedor para imponer la restitución de las prestaciones realizadas, con inclusión de sus rendimientos, en cumplimiento del principio "iura novit curi" y sin incurrir en incongruencia, al considerar que se trata de una consecuencia directa e inmediata de la norma que atribuye retroactividad al efecto liberatorio derivado de la declaración de ineficacia.

Interpretación que se refuerza por el hecho de que las mencionadas normas se anteponen a las reglas generales que, sobre la liquidación de los estados posesorios, contienen los artículos 451 a 458 del Código Civil .

Esa doctrina es aplicable cuando el contratante hubiera omitido reclamar la restitución del precio y, también -argumento "a maiore ad minus"-, cuando, habiéndolo reclamado, no hubiera hecho referencia expresa a los intereses del mismo.

Procede, por lo expuesto y en aplicación de la norma citada, estimar el recurso y condenar a los demandados al abono de los intereses legales del capital que han de restituir, los cuales se contabilizarán desde la fecha en que los vendedores recibieron aquel de la demandante."

En consecuencia, como señala la reciente sentencia de esta Sala de 27 de marzo de 2.015 "debe señalarse en atención a la literalidad y criterio teleológico del meritado art. 1.303, que en definitiva consiste en conseguir que las partes afectadas por mantener su situación personal y patrimonial anterior al hecho invalidado, si resulta procedente y en consecuencia, debe ser estimada la impugnación en cuanto que las actoras deberán recibir el principal y las comisiones a ellas cobradas por la demandada más los intereses legales de las mismas desde el momento en que fueron percibidas por dicha entidad; y asimismo la demandada deberá percibir todo lo que los demandantes hubiesen obtenido del Banco en concepto de intereses u otro, más los correspondientes intereses legales desde la fecha en que fueron percibidos" . Consecuencia de lo expuesto es que lo que la parte solicita contraviene lo establecido en el art. 1.303 del CC y el criterio seguido por este Tribunal con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo ya referida, no obstante podía la parte haber instado el pronunciamiento que solicita en la apelación basándose en la incongruencia de la sentencia de primera instancia por extrapetita, dado que en la demanda se solicitó el devengo de intereses desde la demanda y sin el anatocismo establecido en la recurrida; ahora bien, tal incongruencia, en cuanto no fue denunciada de conformidad con el art. 465 5 en relación con el art. 227, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no puede ser apreciada por el Tribunal de oficio, como tampoco puede adecuar el pronunciamiento de intereses tanto para una como para la otra parte a lo establecido en las resoluciones judiciales citadas por las mismas razones, dado que ese pronunciamiento no fue recurrido en los términos que se recogen en las sentencias mencionadas.

Finalmente, no procede modificar el pronunciamiento de las costas dadas las reiteradas resoluciones dictadas por esta AP y esta Sala sobre la materia, siendo además una cuestión de hecho y valoración de la prueba practicada la concurrencia o no de la nulidad postulada.

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente



FALLO

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Abanca Corporación Bancaria, S.A. contra la sentencia dictada en fecha dos de enero de dos mil quince por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Oviedo , en los autos de los que el presente rollo dimana, que se **CONFIRMA** .

Se imponen a la parte apelante las costas de la presente alzada.

Habiéndose confirmado la resolución recurrida, conforme al apartado 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre , por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, **se declara la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se le dará el destino legal.**

Contra esta resolución cabe recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, en su caso.

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

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CEMOJ