



Roj: **SAP PO 942/2015 - ECLI:ES:APPO:2015:942**

Id Cendoj: **36057370062015100193**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vigo**

Sección: **6**

Fecha: **06/05/2015**

Nº de Recurso: **15/2014**

Nº de Resolución: **204/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MAGDALENA FERNANDEZ SOTO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00204 /2015

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6 de PONTEVEDRA

N01250

C/LALÍN, NÚM. 4 - PRIMERA PLANTA - VIGO

Tfno.: 986817388-986817389 Fax: 986817387

N.I.G. 36057 42 1 2012 0016047

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000015 /2014

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 10 de VIGO

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001015 /2012

Recurrente: NCG BANCO, S.A.

Procurador: JOSE MANUEL GONZALEZ-PUELLES CASAL

Abogado: ADRIAN DUPUY LOPEZ

Recurrido: Casimiro , Esperanza

Procurador: FELIX HOMBRIA GESTOSO, FELIX HOMBRIA GESTOSO

Abogado: CARLOS DIEZ ORDEJON, CARLOS DIEZ ORDEJON

LA SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SEDE VIGO, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados DON JAIME CARRERA IBARZABAL, Presidente; DOÑA MAGDALENA FERNÁNDEZ SOTO y DON JULIO PICATOSTE BOBILLO, han pronunciado

EN NO MBRE DEL REY

La siguiente

SENTENCIA núm. 204

En Vigo, a Seis de Mayo de dos mil quince.

Vistos en grado de apelación ante esta Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sede Vigo, los autos de Procedimiento Ordinario número 1015/12, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 10 DE VIGO, a los que ha correspondido el núm. de Rollo de apelación 15/14, en los que es parte **apelante** -ddo.: NOVAGALICIABANCO SA , representado por el Procurador D.JOSE GONZALEZ PUELLES CASAL y asistido del letrado D. ADRIAN DUPUY LÓPEZ; y, **apelada** -dte.: Casimiro Y Esperanza representado por el procurador D. FELIX HOMBRIA GESTOSO y asistido del letrado D. CARLOS DIEZ ORDEJON.



Ha sido Ponente la Iltrma. Magistrada DOÑA MAGDALENA FERNÁNDEZ SOTO, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 10 de Vigo, con fecha 11 de Noviembre de 2013, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"ESTIMANDO INTEGRAMENTE LA DEMANDA interpuesta por D. Casimiro y DÑA. Esperanza frente a la entidad NOVAGALICIA BANCO, DEBO CONDENAR Y CONDENO a ésta a abonar a la actora la cantidad de 75.847,44 euros, cantidad de la que deben detraerse las cantidades percibidas hasta la actualidad en concepto de intereses.

Son de aplicación los intereses legales.

Se impone el pago de las costas a la parte demandada."

Con fecha 17 de Diciembre de 2013 se dictó auto aclaratorio de la sentencia cuya parte dispositiva dice:

"Acuerdo:

Se aclara y rectifica la sentencia dictada en las presentes actuaciones, de fecha 11-11-13 , y donde dice. "...DEBO CONDENAR Y CONDENO a ésta a abonar a la actora la cantidad de 75.847,44 euros,..." debe decir "... DEBO CONDENAR Y CONDENO a ésta a abonar a la actora la cantidad de 28.152,56 euros,...."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia, por la representación procesal de NOVAGALICIABANCO SA, se preparó y formalizó recurso de apelación que fue admitido a trámite y, conferido el oportuno traslado, se formuló oposición al mismo por la parte contraria.

Una vez cumplimentados los trámites legales, se elevaron las actuaciones a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con sede en Vigo, para su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo, señalándose para la deliberación del recurso el día 26 de Marzo de 2015.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El recurso de apelación de que aquí se trata tiene como antecedentes el ejercicio de una acción de nulidad por vicios en el consentimiento - dolo/error- de la orden de suscripción de participaciones preferentes y subordinadas y, subsidiariamente, la acción de resolución del contrato, en ambos casos, con la restitución del capital aportado más los daños y perjuicios.

La sentencia de instancia, en base a declarar probado que la entidad demandada no facilitó a los demandantes -en quienes concurren la condición de **consumidores**, así como de clientes minorías y conservadores-, información suficiente de los riesgos que asumían ni durante la fase previa a la contratación ni durante la firma de la misma, declara la nulidad de los contratos suscritos por error en el consentimiento y, en consecuencia, estima íntegramente la demanda condenando a la demandada a abonar a la actora la cantidad de 75.847,44 euros, con los intereses legales, cantidad aquella de la que, añade, deben detraerse las cantidades percibidas hasta la actualidad en concepto de intereses.

Recorre la condenada esgrimiendo los motivos impugnatorios de que se tratará a continuación.

SEGUNDO.- Infracción de los art. 1265 y 1266 CC y de la jurisprudencia que los interpreta, en tanto que la sentencia no razona ni aplica los requisitos para que pueda operar el error invalidante, argumenta, al efecto, la condición de Doña Esperanza , licenciada en Ciencias Empresariales, quien reconoció que sabía que no estaba contratando un depósito a plazo, por su parte Don Casimiro era socio y administrador de su sociedad; añadiendo que el pretendido error se habría cometido en ocho ocasiones y respecto de dos productos de inversión distintos, sin que se hubiese probado que los demandantes llevaron a cabo acto alguno para tratar de entender los ocho contratos ni analizaran las circunstancias concretas que pudieron motivar el error, además la juzgadora no analiza el requisito de la causalidad, vulnerándose así la jurisprudencia sobre la presunción de validez de los contratos y aplicación restrictiva del error.

En respuesta al motivo y a modo de resumen, en relación con la documentación proporcionada por la entidad bancaria, debemos señalar que no se proporcionó ninguna documentación precontractual sobre la suscripción de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, únicamente se aporta al pleito un contrato de depósito y administración de valores de fecha 8 de enero de 2010, en el que, por todo en lo que atañe a



la información, se hace constar que el documento no constituye ningún contrato de gestión o asesoramiento de cartera de valores, de esta forma Caixanova no asume obligación de proporcionar al titular/es información relativa al emisor de los valores, salvo indicación expresa en contrario del titular/es; este contrato es aplicable... a cualesquiera otros que puedan incorporarse al mismo. Por otro lado, a partir de esa fecha nos encontramos con diversas órdenes de compra de valores, algunas de las cuales están sin firma y otras únicamente aparecen firmados por un titular.

Asimismo, también fechado a 8 de enero 2010, existe un test de idoneidad, que no sólo no aparece firmado por los demandantes, sino que muestra lo que sigue, un aspa en la casilla referida a que nunca han efectuado inversiones de riesgo alto, en su nivel de estudios y formación el aspa figura en otros, es decir se dejan en blanco las casillas referidas a que tienen estudios universitarios o formación media en finanzas, así como la referida a que tienen estudios aniversarios en el ámbito financiero, marcándose también con un aspa su baja experiencia laboral o profesional en el sector financiero.

En esta tesitura se ha de afirmar, tal se estima acreditado en la sentencia apelada, que no existe documentación suscrita que revele que con anterioridad a la fecha de la suscripción de las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas los demandantes conocían el alcance de tales productos y sus riesgos, el test de conveniencia, aparte de que ni siquiera aparece firmado, ocurre que tampoco contiene un resumen de los riesgos, ni, desde luego, permitiría conocer el perfil de los contratantes, tampoco existe documentación posterior indicativa que permitiese a los clientes analizar y valorar los productos que eran objeto de las órdenes de compra.

En cuanto a la información verbal, no se ha acreditado que existiese por parte del director de la oficina una información que permitiese a los clientes valorar todos los pros y contras de las participaciones preferentes y de las obligaciones subordinadas para que en base a ella pudiesen decidir consciente y deliberadamente la conveniente de adquirir tales productos, pues, como se desprende de la declaración prestada en juicio por el mencionado, sus explicaciones se limitaron a datos genéricos, a minimizar el riesgo, en fin, dicho de otra forma, a cubrir las apariencias, de manera que no hubo fase precontractual ni contractual que permitiera a los demandantes tomar conciencia de lo que estaban contratando.

Es más, lo verdaderamente acreditado es que los demandantes suscriben los productos litigiosos aconsejados por el director de la sucursal, Sr. Porfirio , sin tener en cuenta el tipo de cliente, pues insistimos, aparte de que el test de idoneidad no aparece firmado, ni identificados los clientes, lo cierto es que en él se recoge que los que se supone eran los demandantes nunca habían contratado productos de alto riesgo y que su experiencia laboral y profesional en productos y operaciones financieras era baja, con lo cual su clasificación como clientes era claramente de minorista, de ahí que, con independencia de que la demandante sea licencia en empresariales y el demandante empresario, recogido en el test que no tenían ningún conocimiento financiero, ello es más que suficiente para alertar a la entidad de que ambos debían y deben ser tratados como minoristas, por lo tanto la entidad bancaria debió asegurarse de que entendían la naturaleza y mecánica de los productos que compraban y sobre todo de los riesgos que asumían. A los efectos que aquí interesa, a pesar de la insistencia de la apelante, no le parece a la Sala relevante que los clientes demandantes sean, respectivamente, licenciada en empresariales y empresario, pues ello en modo alguno es sinónimo de que sean expertos o preparados en el mercado financiero que es el tráfico en que se desarrollan los productos objeto de litis, de hecho se ha de insistir que en el test se recoge su nula experiencia en productos especulativos.

Consecuencia de lo expuesto se ha de recordar, aun cuando ya se argumentó suficientemente sobre ello en la sentencia apelada, que estamos ante unas participaciones preferentes contratadas en el año 2010 y 2011 y unas obligaciones subordinadas en el año 2010, suscritas por clientes minoristas, especialmente protegidos, por lo tanto la obligación básica que pesa sobre la entidad es la de suministrar información adecuada sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que puedan decidir sobre los mismos, debiendo incluir en la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, siempre tomando en consideración las concretas circunstancias de los clientes y sus objetivos, para lo cual se hace ineludible el obtener información de los mismos sobre sus conocimientos y experiencia financiera, cumplimiento de una obligación que no ha acreditado la demandada. En este punto se ha de recordar, en palabras de numerosa doctrina, que la mera suscripción de modelos normalizados, como es el caso en lo que atañe al contrato de depósito o administración de valores, ya que el test de idoneidad no aparece singularizado ni firmado por los demandantes, e incluso las meras contestaciones o manifestaciones que se hagan en dicho test, realizado a presencia de los empleados de la entidad financiera, en un modelo facilitado por la misma y con las casillas rellenas a través del ordenador de la oficina, no implica ni mucho menos el cumplimiento de la obligación de información al cliente de los riesgos asociados a la operación, sobre todo si, como ocurre, se trata de una operación que la propia legislación considera como compleja, pues así la ha conceptualizado la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Desde



luego lo que no puede decirse es que el mero hecho de que sean suscritos unos determinados documentos, preredactados por la entidad financiera, impliquen el conocimiento por parte de los demandantes de todas las circunstancias asociadas a la operación y a los riesgos a los que se sometían.

En esta tesitura, tal y como ha señalado la Juzgadora, la falta de información precisa y concreta por parte de la entidad, junto con el desconocimiento de los demandantes de los productos financieros adquiridos son circunstancias suficientes e inequívocas para determinar el error invalidante. Error del que se ocupa el art. 4:103 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL), al reconocer a las partes el derecho a anular el contrato cuando hayan sufrido error como consecuencia de la información facilitada por la otra parte, siempre que la parte inducida a error no hubiera celebrado el contrato en caso de haber obtenido una información adecuada, y es claro que en nuestro caso los demandantes no hubieran comprado los valores litigiosos de haber conocido el riesgo al que se enfrentaban. Por otro lado, a la hora de establecer quién debe asumir el riesgo de la inexactitud, los PECL se lo imputan al contratante que facilitó la información errónea, en nuestro caso, a la entidad demandada, ahora apelante.

Sobre los PECL se ha de precisar que han sido recogidos en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, presentado el art. 1298 CC la siguiente redacción: 1. El contratante que en el momento de celebrar el contrato padezca un error esencial de hecho o de derecho, podrá anularlo si concurre alguna de las circunstancias siguientes: 1.º Que el error hubiera sido provocado por la información suministrada por la otra parte. 2.º Que esta última hubiera conocido o debido conocer el error y fuere contrario a la buena fe mantener en él a la parte que lo padeció. 3.º Que la otra parte hubiera incidido en el mismo error; 2. Hay error esencial cuando sea de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas; 3 Los contratos no serán anulables por error cuando sea inexcusable y cuando la parte que lo padeció, de acuerdo con el contrato, debía soportar el riesgo de dicho error... (SAP Madrid, de 28 de enero de 2013 , 15 de octubre de 2012 y 17 de julio de 2012).

Continuando con el recurso de apelación, sostiene la apelante que en el presente caso no concurre ninguno de los requisitos previstos en el art. 1266 CC , para que el error invalide el consentimiento. Sin embargo, esta Sala considera, al igual que la juzgadora de instancia, que cuando los demandantes emitieron su consentimiento, lo hicieron desconociendo los riesgos y la naturaleza de las participaciones preferentes y de las obligaciones subordinadas. Las circunstancias a tener en cuenta para llegar a esta conclusión son las siguientes: 1) la circunstancia de ser productos financieros muy complejos, que no llega a entender un **consumidor** medio, y en muchos casos, tampoco los pequeños y medianos empresarios; 2) que, por la especial dificultad y oscuridad que entrañan tales productos, la entidad bancaria debería haber informado de una forma sustancial y completa acerca de la naturaleza del contrato, extremo que en absoluto ha acreditado; 3) los Tribunales consideran que es especialmente relevante el perfil de la persona que contrata con la entidad bancaria, toda vez que se requieren expertos conocimientos en materia financiera, siendo en el caso manifiesto que los demandantes carecían de tales conocimientos. Pues bien, todas estas circunstancias deben ser puestas en relación para determinar la existencia de un error excusable, puesto que los demandantes no lo han podido evitar mediante el empleo de una diligencia media o regular, sobre el particular se nos dice en el recurso que los demandantes no han probado que hicieran acto alguno para tratar de entender los contratos, lo cual es inaceptable, pues no son los demandantes los que tienen que esforzarse en entender lo que contratan, es la entidad demandada, por su posición en el tráfico, la que tiene el deber legal de informar y de asegurarse de que los clientes entienden y son conscientes de lo que contratan, especialmente cuando tales situaciones se desenvuelven en una atmósfera de confianza, depositada en quien se encuentra -como son las entidades financieras- legalmente obligadas a actuar, con objetividad y transparencia, no ofertando productos de elevado riesgo y complejidad, que sean inadecuados al perfil del **consumidor** contratante. Todo ello, con la finalidad de que no primen sus necesidades de financiación sobre los intereses de sus clientes, en relación a los cuales no es lícito reconvertir un perfil conservador en otro de inversor de riesgo, hasta el punto de aquéllos puedan verse privados totalmente de las cantidades ahorradas destinadas a proveer ulteriores necesidades. Ello implica que la diligencia contractual exigible a las entidades bancarias consista en ser especialmente celosas en sus deberes de información y leales gestoras de los intereses ajenos, cerciorándose de que el **consumidor** quiere de forma consciente transmutar la finalidad de sus ahorros en productos financieros, susceptibles de generarles una rentabilidad mayor, pero también con el riesgo de la pérdida total del capital destinado a su adquisición.

Hasta el punto ello es así que para medir la excusabilidad del error el Tribunal Supremo no se fija únicamente en el contratante que lo sufrió, sino también en el comportamiento de la contraparte, de hecho entidades del tipo de la demandada tienen a su cargo un deber de advertir que está tipificado en la legislación tuitiva del **consumidor** bancario. En este sentido se ha de traer a colación ya la STS de 26 de septiembre de 1996 que apreciaba error inducido por la conducta del otro contratante "que no es necesario que sea constitutiva de dolo



o culpa para que sea tenida en cuenta a estos efectos". En otras ocasiones, también, se reputó excusable el error cuando quien lo padece no es un profesional experto (STS de 4 de enero de 1982 , 14 y 18 de febrero de 1994 , 1 de julio de 1995 entre otras), máxime dada la complejidad de los contratos que nos ocupan.

En definitiva, se aprecia error excusable en casos en los que existe una gran asimetría en el conocimiento de los hechos por una y otra parte, o cuando se ha inducido de alguna forma a error a quien impugna el contrato (STS de 14 de febrero de 1993 , 14 de febrero de 1994 , 18 de febrero de 1994 , 28 de septiembre de 1996 y 6 de febrero de 1998). Por su parte, la STS de 29 de octubre de 2013 , admite que un defecto de información puede causar error en la formación de la voluntad de quien la necesitaba y, recientemente, la STS de 20 de enero de 2014 establece que "ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto". La referida sentencia, tras insistir en que "el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio", añade a continuación "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", argumentando más adelante que "el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero". Y continúa su motivación: "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 qué consiste el error, le es excusable al cliente".

Doctrina que ratifica la STS de 7 de julio 2014 al establecer como ratio decidendi del caso sometido a su consideración, que: "El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en qué consiste el error le es excusable al cliente".

En conclusión, a tenor de la doctrina jurisprudencial, se ha de afirmar que una información inadecuada permite a un minorista incurrir en un error esencial y excusable.

Tampoco podemos convenir con la apelante que nos encontramos ante un supuesto previsto en el art. 1265 CC , habida cuenta que no se trata de un error invalidante, pues es innegable que el consentimiento de los ahora apelados estuvo viciado a causa de la insuficiente información recibida por parte de la entidad demandada, en tanto que su voluntad aparece alterada por el conocimiento imperfecto y erróneo de lo que contrataron, al resultar innegable que la información que les fue ofrecida era incompleta y confusa, lo que les produjo una representación de la realidad que estaba muy lejos de coincidir con lo que realmente fue objeto de contratación.

Asimismo, es cierto que el error ha de ser grave y ha de recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo (art. 1266). Pues bien, en el presente caso ha quedado probado que los demandantes mantuvieron una actitud conservadora en sus ahorros (plazo fijo), por lo que no es creíble que de repente sus ahorros los depositasen en los productos complejos objeto de litis de conocer los riesgos asociados a los mismos, de ahí que en este punto se imponga traer a colación el Estudio sobre Participaciones Preferentes, realizado por el Defensor del Pueblo en el que se declaró lo siguiente: "Lo cierto es que se vendieron participaciones preferentes a inversores minoristas, que desconocían la naturaleza del producto que adquirirían y no comprendían su funcionamiento, por las mismas entidades emisoras de dichas participaciones, pero que se presentaron como asesores de sus clientes, no como vendedores de los productos. Además, las entidades daban una imagen de solvencia y solidez amparada por el Banco de España, que generaba confianza en los clientes, cuando luego no ha resultado ser cierto. El cliente así ha sufrido un error sobre el tipo de producto y la solvencia del sujeto que debía responder ante él. Cuando el cliente, aun asumiendo pérdidas, ha pretendido recuperar la inversión, ello no ha sido posible, porque necesitaba el consenso de la entidad, y ahora la autorización del Banco de España".



Consecuencia de todo lo expuesto, se ha de desestimar el motivo.

TERCERO.- Infracción de los art. 316 , 326 y 327 LEC al valorar las pruebas consistentes en los documentos obrantes en la causa, el interrogatorio de parte y testifical de forma ilógica e irrazonable. Sobre la cuestión reitera la apelante que a la demandante se le informó por el banco tras la firma o puesta disposición de todos los documentos exigidos legalmente para perfeccionar ambas suscripciones.

No existe el pretendido error que se denuncia, de hecho de la documental aportada por la propia demandada no resulta en ningún caso probado que la apelante cumpliera con las obligaciones establecidas en la ley, más al contrario el contrato de depósito o administración de valores es un contrato genérico que nada aporta en orden a la naturaleza, características y riesgos de los productos contratados, que los contratantes reconociesen que sabían que lo contratado no era una plazo fijo, no elimina la tantas veces argumentada falta de información escrita y verbal, pues lo decisivo, insistimos, es que la apelante en ningún caso acreditó que llegó a informar a los clientes de las características de los productos que contrataron, ni de los riesgos que comportaban. Ante lo cual se ha de volver a recordar que la existencia del error invalidante del consentimiento contractual es una mera cuestión de hecho a solventar por su propia naturaleza conforme a la probanza practicada (STS 26 de febrero 1998 , entre otras), es por ello que existe en la casuística jurisprudencial resoluciones de Audiencias Provinciales que han sancionado por esa razón la nulidad de contratos semejantes al ahora enjuiciado.

CUARTO.- Vulneración de los art. 79 y sig. LMV y restante normativa sectorial aplicable, al exigir más obligaciones informativas que las contempladas en los referidos artículos, reiterando que su representada cumplió la normativa MIDIF, además en el caso no tenía obligación de asesorar, ya que solo comercializó el producto, sin hacer una recomendación personal a los actores como inversores.

No se aprecia en la sentencia apelada un plus de exigencia en la información más allá de la establecida legalmente. La información que la entidad de crédito debe proporcionar al cliente minorista cuando asesora viene establecida en el art. 79 bis LMV, que a su vez traspone el art. 19 Directiva Mifid , si bien la obligación de información se regula con mayor detalle en el art. 72 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero , sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión.

Los preceptos citados obligan a la entidad financiera que recomienda un determinado producto al cliente minorista a realizar el llamado test de idoneidad. Ello obliga a la entidad financiera a recopilar una serie de información acerca de su cliente, incluso el potencial, información que se refiere, de una parte a los conocimientos y experiencia del cliente en relación con el producto de inversión de que se trate, y de otra, a su situación financiera y objetivos de inversión, todo ello con la finalidad de poder recomendar el servicio financiero o producto de inversión que más se adapte a sus necesidades y más convenga a sus intereses (art. 79 bis LMV). La ley establece claramente que cuando la entidad no obtenga esta información se abstendrá de recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente.

Concretamente, según establece el art. 72 del Real Decreto 217/2008 la entidad financiera viene obligada, antes de recomendar un servicio o instrumento a comprobar que, puesto en relación con la información que ha recogido del cliente, el producto concreto: a) Responde a los objetivos de inversión del cliente en cuestión. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión, b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...) y, c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción o la gestión de su cartera".

En definitiva, la ley impone a la entidad financiera la obligación de procesar la información recibida del cliente y ponerla en relación con el concreto producto que pretende recomendar y ello con la finalidad de informarle correctamente y asegurarse de que, antes de contratar el producto recomendado, el cliente cuenta con toda la información relevante para decidir si el que se le está ofreciendo es compatible con sus objetivos de inversión, puede asumir los riesgos que el producto supone en relación a dichos objetivos y cuenta con los conocimientos y experiencia suficientes para comprender los riesgos de la transacción que se propone realizar, en fin que la entidad financiera debe comprobar, con carácter previo a recomendar el producto, que es idóneo para ese cliente tomando en consideración sus necesidades y circunstancias.

En el caso de que se trata, de la prueba practicada, no resulta en ningún caso probado que la apelante cumpliera con las obligaciones establecidas en la ley, más al contrario la obrante en autos demuestra que se limitó a recopilar una información mínima, que posteriormente no fue procesada, sin que en ningún caso resulte probado que llegó a informar a los clientes de las características de los productos que contrataron, ni de los riesgos que comportaban.



En concreto se aprecia que la ahora apelante en modo alguno transmitió a los demandantes los siguientes riesgos: 1. la rentabilidad del producto, condicionada legalmente a los resultados económicos de la entidad de crédito emisora; 2. el verdadero carácter del vencimiento de perpetuo, puesto que la participación preferente no atribuye derecho a la restitución de su valor nominal; 3. la liquidez, ya que solo puede producirse mediante la venta en el mercado secundario de valores en el que esta cotice, y por supuesto, que alguien quiera comprarlas. Es más, de la declaración de los demandantes se infiere que, de las explicaciones verbales proporcionadas por el director de la sucursal, entendieron que podían recuperar en cualquier momento sus inversiones, nunca se les informó sobre el grave problema de liquidez de los productos contratados, ni tampoco de que podía perder toda la inversión realizada al contratar este tipo de productos. Hay más, en todos los litigios de participaciones preferentes hay una coincidencia respecto a la información proporcionada por la entidad bancaria; a saber: el dinero se puede recuperar en cualquier momento.

De hecho, ha de recordarse que el asesoramiento obligará a la entidad de crédito a actuar con honestidad, imparcialidad y profesionalidad, en el mejor interés de sus clientes (art. 19.1 Directiva MIFID), que sus comunicaciones con los clientes sean imparciales, claras y no engañosas (art. 19.2 Directiva MIFID), y deberá asegurarse de que las recomendaciones son adecuadas para el cliente o potencial cliente (art. 19.4 Directiva MIFID).

La consecuencia que se deriva de cuanto queda expuesto no puede ser otra que la de desestimar el recurso en este extremo y confirmar la sentencia de primera instancia dado que sus conclusiones sobre la omisión de información sobre elementos esenciales de los contratos y concurrencia de error excusable en la prestación del consentimiento, derivado de esa falta de información, se ajustan debidamente al resultado que ofrecen las pruebas practicadas, con las consecuencias jurídicas procedentes de acuerdo con lo dispuesto en los arts.1.261 , 1.265 y 1.300 y concordantes CC .

QUINTO.- Vulneración de los art. 1309 , 1311 y 1313 CC y en general de la doctrina de los actos propios, al no declarar la sentencia una confirmación tácita en la conducta posterior a la contratación y ello a pesar de los demandante recibieron intereses según lo pactado, suscribieron hasta en ocho ocasiones los productos litigiosos, mantuvieron la inversión durante dos años sin queja alguna y canjearon acciones.

El referido motivo tampoco puede prosperar.

La STS de 5 de septiembre de 2012 señala como requisitos para la aplicación de la clásica regla de que no se puede actuar contra los propios actos, los siguientes: 1) una conducta jurídicamente relevante previa y consciente de sus consecuencias; 2) que tal conducta tenga una significación inequívoca e incompatible con la posterior; y 3) que las expectativas defraudadas por la actuación posterior sean razonables. Pues bien, esta doctrina en modo alguno es de aplicación a los supuestos en que hay error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia (STS de 31 de Enero de 1995), de hecho no procede tal alegación cuando "los actos están viciados por error o conocimiento equivocado" (STS 8 de mayo de 2006 y 21 de enero de 1995).

Pues bien, en el caso que enjuiciamos, los demandantes una vez alcanzaron constancia de la existencia del error padecido: imposibilidad de recuperación del dinero depositado en el banco, al haberle colocado productos financieros de alto riesgo, contrario a sus expectativas y perfiles conservadores de meros ahorradores, con riesgo real y efectivo de pérdida total de su capital, no han efectuado acto jurídico alguno del que quepa deducir la ratificación de su viciado consentimiento, o comportamiento que pudiera entrar en patente contradicción con el ejercicio de la presente acción, pues la simple percepción de intereses, bajo la persistencia del error, no constituye un supuesto de confirmación, sino de extensión temporal de tal vicio de voluntad; comportamiento que, desde luego, no ratifica, sanando los contratos anulables objeto de este proceso. Es más, al darse cuenta de su error, los actores formularon distintas y reiteradas quejas a la demandada, para seguidamente interponer la presente demanda.

Tampoco existe la pretendida vulneración de los arts. 1309 , 1311 y 1313 CC , ya que la confirmación tácita tiene lugar cuando, cesada la causa de nulidad, la persona legitimada para impugnar el negocio, conociendo que dicha causa de anulabilidad había existido, realiza actos que implican necesariamente que está renunciando a la impugnación del negocio, tales como cumplimiento del contrato, constitución de garantías, recepción o reclamación de la prestación de la otra parte, etc. (STS 27 octubre 1980), apareciendo en el caso de autos que la supuesta confirmación tácita, que se residua en el cobro de intereses, se produjo cuando el contrato se hallaba afectado por la causa de nulidad, o error vicio del consentimiento, por lo que no puede tener efecto alguno sanatorio del contrato.

Por último, como causas que, a juicio del apelante, resultarían obstativas a la nulidad, alega el haber recibido intereses, la suscripción del producto litigioso en ocho ocasiones, mantener dos años la inversión sin queja alguna y haber procedido a la venta de las acciones en virtud de canje. Lo anterior en modo alguno puede tener el afecto pretendido, en tanto que no afecta a la existencia de error esencial y excusable el hecho de



mantener la inversión durante dos años, ni tampoco el haber cobrado intereses, es más ello confirmaría la creencia de los demandante de que los depósitos que constituyeron generaban intereses y funcionaban dentro de la normalidad, pues ni de esta circunstancia ni de la sesgada información que les facilitó la demandada era difícil comprender que lo que en realidad se les estaba pagando era una participación en unos beneficios de la demandada subordinados a su existencia; desde luego, tampoco obsta a la declarada nulidad que la compra de valores se llevase a cabo fraccionadamente en ocho ocasiones a lo largo de un año, tampoco que los demandantes procedieran a la venta de acciones en virtud de canje, ya que éste vino impuesto por una resolución administrativa del FROB, tratándose por tanto de un supuesto de novación legal imperativa que los demandantes no pudieron eludir, y en cuanto a la posterior venta al Fondo de Garantía de Depósitos, bien puede entenderse que vino determinada por la necesidad de obtener liquidez y con la condición de no renunciar a las acciones futuras para lograr la ineficacia del contrato de origen y sus derivados. Por ello no puede afirmarse que exista una sanación o conversión del contrato nulo, ni que el comportamiento de la demandante ahora sea contrario a sus actos anteriores.

Es más, cuando los demandantes tuvieron constancias de la existencia del error padecido, imposibilidad de recuperación del dinero depositado en Caixanova, por haberlo colocado en productos financieros de alto riesgo, contrarios a sus expectativas y perfiles conservadores de meros ahorradores, con riesgo real y efectivo de pérdida total de su capital, no han efectuado acto jurídico alguno del que quepa deducir la ratificación de su viciado consentimiento, o comportamiento que pudiera entrar en patente contradicción con el ejercicio de las presentes acciones.

SEXTO.- Infracción del art. 394 CC al imponer a su representada las costas procesales a pesar de las serias dudas de hecho y derecho que genera esta materia y estimar parcialmente la demanda al aceptar la excepción de compensación planteada por esta parte en cuanto a los intereses abonados.

Aun cuando las circunstancias concurrente llevan a considerar la no existencia, en el presente caso, de dudas de hecho o de derecho que justifiquen el apartamiento del criterio general del vencimiento objetivo, pues si bien no encontramos ante un problema jurídico, que puede que al menos inicialmente haya dado lugar a resoluciones contradictorias, sin embargo, en el caso que nos ocupa, declarada la nulidad de los contratos suscritos a nombre de los actores, no se revelan la existencia de dudas jurídicas sobre el particular, en cuanto que se considera que si se declara que ha existido infracción del deber de información ab initio al cliente o en función de su perfil, tal declaración es incompatible con la existencia de dudas de hecho.

No obstante lo anterior, es manifiesto que en la demanda se petitionó la restitución del precio pagado más los daños y perjuicios ocasionados y en la parte dispositiva de la sentencia apelada, tras concretar la cantidad principal a abonar a los demandantes, sin referencia a una cifra concreta se señala "cantidad de la que deben detraerse las cantidades percibidas hasta la actualidad en concepto de intereses", tal se petitionó en la contestación a la demanda, en la que, invocando la compensación y el art. 1303 CC, se solicitaba alternativamente que se reduzca la cantidad a abonar por este parte en la suma de 10.705,5 euros por intereses percibidos más los que perciba en lo sucesivo hasta la firmeza de la declaración judicial, petición que claramente fue atendida en la sentencia apelada que, de este modo, vino a estimar parcialmente aquella inicial pretensión.

Consecuentemente, deviene de aplicación el art. 394. 2 LEC, a cuyo tenor, si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, pues existe una diferencia sustancial entre lo reclamado en la demanda y lo obtenido en sentencia (75.847,74 euros menos 10.705,5 euros).

SEPTIMO.- La estimación parcial del recurso implica que no es haga expresa declaración respecto a las costas procesales que se hubieren devengado en esta instancia.

En atención a lo expuesto y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos confiere la Constitución Española.

FALLAMOS

Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el procurador Don José Manuel Gonzalez-Puelles, en nombre y representación de NCG Banco, S.A., frente a la sentencia dictada en fecha 11 de noviembre 2013 por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 10 de Vigo, en Procedimiento Ordinario núm. 1015/12, la cual se revoca en el único extremo que no se hace especial declaración respecto a las costas procesales que se hubieren devengado en la instancia. Todo ello sin hacer especial declaración respecto a las ocasionadas en esta alzada.

Contra la presente sentencia cabe interponer recurso de casación para el caso de que se acredite interés casacional o, en su caso, infracción procesal, en base a lo establecido en el art. 477 LEC, debiendo interponerse dentro de los veinte días siguientes a su notificación en la forma establecida en el art. 479 LEC.



Procédase a la devolución del depósito constituido para recurrir.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ