



Roj: **SAP PO 943/2015 - ECLI:ES:APPO:2015:943**

Id Cendoj: **36057370062015100194**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vigo**

Sección: **6**

Fecha: **06/05/2015**

Nº de Recurso: **72/2014**

Nº de Resolución: **199/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MAGDALENA FERNANDEZ SOTO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00199/2015

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 2013 0004840

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000072 /2014

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 11 de VIGO

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000289 /2013

Recurrente: NCG BANCO S.A.

Procurador: GISELA ALVAREZ VAZQUEZ

Abogado: ADRIÁN DUPUY LOPEZ

Recurrido: Bárbara , Victorio

Procurador: CESAR ANGEL ESCARIZ VAZQUEZ

Abogado: PILAR VAZQUEZ IGLESIAS

LA SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SEDE VIGO, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados JAIME CARRERA IBARZABAL, Presidente; MAGDALENA FERNANDEZ SOTO y EUGENIO FRANCISCO MIGUEZ TABARES, han pronunciado

EN NO MBRE DEL REY

La siguiente

SENTENCIA núm. 199

En Vigo, a seis de mayo de dos mil quince.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 006, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000289 /2013, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 11 de VIGO, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000072 /2014, en los que aparece como parte apelante, NCG BANCO S.A., representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. GISELA ALVAREZ VAZQUEZ,



asistido por el Letrado D. ADRIÁN DUPUY LOPEZ, y como parte apelada, Bárbara , Victorio , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. CESAR ANGEL ESCARIZ VAZQUEZ, asistido por el Letrado D. PILAR VAZQUEZ IGLESIAS.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D./D^a MAGDALENA FERNANDEZ SOTO, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1^a Instancia núm. 11 de VIGO, con fecha 4.02.13, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

" **Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO** la demanda deducida por el Procurador sr. **ESCARIZ VÁZQUEZ** quien actúa en nombre y representación de DOÑA Bárbara y DON Victorio , contra **NOVAGALICIA BANCO, S.A** y, en su virtud, **DECLARO** la nulidad de las órdenes de compra de fecha 23 de febrero de 2005 de participaciones preferentes denominadas **CAIXANOVA Serie A** con ISIN ES0169075001 por responsabilidad contractual a causa de incumplimiento de las obligaciones asumidas de asesoramiento financiero por la entidad demandada y a causa de vicio del consentimiento, procediendo la consiguiente restitución recíproca entre las partes de las participaciones preferentes así como de los intereses que se hayan percibido y de la cantidad obtenida en el proceso de liquidez al FROB, esto es, la entidad demandada ha de reintegrar a la actora el principal de los productos contratados, a lo que se le incrementarán los intereses legales desde la fecha de suscripción de cada uno de los productos hasta la de reintegro, procediendo a la compensación judicial con las cantidades recibidas por la actora en concepto de intereses, que igualmente devengarán idéntico interés legal desde su percepción hasta el momento mismo de la compensación.

CONDENO a **NOVAGALICIA BANCO, S.A.** a estar y pasar por esta declaración y a las costas procesales.

"

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia, por el Procurador GISELA ALVAREZ VAZQUEZ, en nombre y representación de NCG BANCO S.A., 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 presentes actuaciones a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sede Vigo, señalándose para la deliberación del presente recurso el día 9.04.15

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos de la sentencia apelada, en tanto no contradigan lo que se exponen a continuación.

PRIMERO: Infracción del art. 1301 CC por no declarar la caducidad de la acción de nulidad ejercitada.

En lo único que tiene razón la parte apelante es en calificar el plazo para ejercitar la acción de nulidad del contrato por error del consentimiento de caducidad, toda vez que la existencia de un vicio del consentimiento, de concurrir, ya sea por dolo, error violencia o intimidación, lo que determina es la anulabilidad del contrato y no su nulidad absoluta.

Sin embargo se equivoca en el días a quo, dado que el cómputo del plazo de caducidad para ejercitar la acción de nulidad por error del consentimiento, no es desde el momento en que se perfecciona el contrato, sino desde la consumación del mismo, como establece el art. 1301 CC al prescribir que la acción de nulidad sólo durará cuatro años, que habrán de contarse, en los casos de error, dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato.

Prescripción que aparece ampliamente avalada por la jurisprudencia, así la STS de 11 de junio 2003 declara que el cómputo, para el posible ejercicio de la acción de anulabilidad por error, se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones, al señalar lo siguiente, "dispone el art. 1301 CC que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código".

En este orden de cosas el momento de la consumación no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que aquélla sólo tiene lugar cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas



partes. La perfección y la consumación del contrato son conceptos diferentes, la perfección se produce cuando se presta consentimiento por ambas partes sobre la cosa y la causa que han de ser objeto del contrato y se consuma cuando se da cumplimiento a las obligaciones contraídas. Así la doctrina ha señalado que cuando se trata de productos como el nos ocupa, participaciones preferentes, la fecha de la consumación será la fecha de la última liquidación producida o la fecha en que el contratante tuvo pleno conocimiento de que se le había suministrado una información incorrecta que le indujo a error en la contratación (SAP Pontevedra de 11 de febrero 2014 , entre otras muchas), de manera que la acción nacerá a partir del momento de la consumación del contrato y la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación (SAP Valladolid de 17 de febrero 2014).

En consecuencia, como bien se apunta en la sentencia apelada, la consumación se produce como muy pronto en 2012, es decir cuando se presenta el arbitraje, de manera que a la fecha de interposición de la demanda (abril 2013), el plazo de caducidad no había transcurrido.

SEGUNDO: Infracción de los art. 1265 y 1266 CC y de la jurisprudencia que los interpreta, en tanto que la sentencia evalúa erróneamente los requisitos para que pueda operar el error invalidante.

Está acreditado y no se desvirtúa en el recurso que los demandantes son **consumidores**, minoristas y no expertos en mercados financieros, de hecho la Sra. Bárbara es ama de casa y el Sr. Victorio , pese a ser titular, ni siquiera intervino en la contratación. También se ha acreditado que la entidad ahora apelante no les proporcionó ninguna documentación precontractual, es decir no existe documentación suscrita que revele que con anterioridad a la fecha de la suscripción de las participaciones preferentes los demandantes conocían el alcance del producto y sus riesgos, tampoco existe documentación acreditativa que permitiera evaluar el perfil de los contratantes, ni documentación posterior en base a la cual los clientes pudiesen analizar y valorar los productos que eran objeto de las órdenes de compra, dado que la obrante en autos no es suficiente para tal fin.

En cuanto a la información verbal, la ofrecida por el Sr. Isidro , desde luego, no permitió a los aquí demandantes valorar todos los pros y contras de las participaciones preferentes para que en base a ella pudiesen decidir consciente y deliberadamente sobre la conveniencia 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 ocultar el riesgo, en fin, dicho de otra forma a cubrir las apariencias, hasta el punto ello es así, que a juicio del mencionado las preferentes no son un producto de riesgo.

En esta tesitura necesariamente hay que partir de la premisa de que no hubo fase precontractual ni contractual que permitiera a los demandantes tomar conciencia de lo que estaban contratando.

Ante lo expuesto se ha recordar someramente, pues ya se argumentó suficientemente sobre ello en la sentencia apelada, que estamos ante unas participaciones preferentes contratadas en el año 2005, 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 el mismo, debiendo incluir en la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos, 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, de 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, 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 es el caso se trata de una operación que la propia legislación considera como una operación compleja, hasta el punto que la Comisión Nacional del Mercado de Valores la ha conceptualizado así en sus folletos informativos.

En esta tesitura, tal y como ha señalado el juzgador, 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 el juzgador, que cuando los demandantes emitieron su consentimiento, lo hicieron desconociendo los riesgos y la naturaleza de las participaciones preferentes. Las circunstancias a tener en cuenta para llegar a esta conclusión serían las siguientes: 1) se trata de un producto financiero muy complejo, 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 tal producto, la entidad bancaria debería haber informar 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 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, sobre todo cuando tales situaciones se desenvuelven en una atmosfera 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 la STS de 26 de septiembre de 1996 que al apreciar error inducido por la conducta del otro contratante, señala "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 del contrato que nos ocupa.

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.

Se alega que los demandantes son responsables de su error en tanto que han reconocido que no leyeron los contratos, sobre la cuestión no solo hay que tener en cuenta que la contratación se firmó en un solo acto, sino que el contrato de Depósito o Administración de Valores y orden de compra a que alude la apelante, se trata en realidad de un documento con gran cúmulo de datos no todos ellos relevantes para la comprensión de la naturaleza y riesgos del producto y difícilmente comprensible para personas sin experiencia inversora alguna, de modo que es evidente que sin mayor información y traducción de los términos del documento, difícilmente pudieron los demandantes comprender y enterarse de lo que se estaban contratando.

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, hasta el punto que el comercial asumió en juicio que ni siquiera valoró el tema del riesgo del producto.

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 el producto complejo 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".

Por último, que no existieran quejas ni reclamaciones durante ocho años, 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 ocho 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.



CUARTO: Incorrecta apreciación de un incumplimiento de las obligaciones de asesoramiento que supuestamente su representada tiene con los demandantes.

Sobre esta cuestión no puede partirse de la interpretación parcial y sesgada que se hace en el escrito de apelación del artículo 63 de la LMV, toda vez que en dicho precepto y de una manera general se recoge que actuaciones tienen el carácter de servicios de inversión, en los que se incluye tanto los servicios de intermediación, como el asesoramiento en materia de inversión, sin que en el presente caso la labor que se llevó a cabo por la entidad financiera, pueda calificarse de mera intermediaria como alega, pues de la declaración realizada en el acto del juicio, como de los documentos aportados, se deduce que asumió una labor no solo de comercialización, sino también de asesoramiento financiero.

En ese sentido, el art. 63.1.g) L.M .V. declara que se considerarán servicios de inversión "el asesoramiento en materia de inversión, entendiéndose por tal la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros. No se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos de lo previsto en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial".

Corroborar la anterior conclusión lo declarado en STS de 20 enero 2014 , de donde resulta que se produce asesoramiento en función de la vía en que el instrumento financiero es ofrecido al cliente, y siempre que se le presente el producto como conveniente y no esté divulgado exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público, se declara en la mencionada sentencia que "como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), la cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en qué consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73 , que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE .

El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que "se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

Por lo expuesto, resulta aplicable el art. 79 bis. 6 LMV, en su redacción entonces vigente, en cuya virtud cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente.

En el caso de que ese trata no debe obviar que incluso de admitir la simple comercialización, sin asesoramiento, que no lo admitimos, nos encontramos ante un producto innegablemente complejo, adquirido por un cliente minorista, sin conocimientos financieros, por lo cual era de aplicación el art. 79 bis 7 LMV, en su redacción entonces vigente, en cuya virtud, cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente. Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Bien entendido que el test de conveniencia en cuestión deberá realizarse de forma válida y eficaz.

QUINTO: No existe el pretendido error en la valoración de la prueba. La declaración del empleado de Caixanova, Don. Isidro , es expresiva, reconoció que los demandantes no tenían perfil inversor, que acudían a las oficinas para que los empleados les asesorasen y no les advirtió que las preferentes eran un producto de riesgo. Por otro lado, con una diferencia de un 0,50% entre el interés que a los demandantes les proporcionaba el depósito



y los intereses que les iban a generar las preferentes, difícilmente se puede concebir que traspasaran sus ahorros con conocimiento del riesgo que conllevaba la nueva inversión.

Por otro lado, tampoco el contenido del contrato de suscripción de valores es válido para presumir una información que no existió; en concreto, ni de forma escrito ni verbal se prueba que se hubiese transmitido 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.

SEXTO: 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 y durante ocho años no formularon quejas ni reclamaciones.

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).

Además, 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 un producto financiero 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 las presentes acciones, 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 el contrato anulable objeto de este proceso.

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.

A lo anterior cumple añadir que no afecta a la existencia de error esencial y excusable el hecho de mantener la inversión sin quejas ni reclamaciones durante ocho años, ya que durante ese tiempo no se desvaneció el error. Es más, a partir de que los demandantes tuvieron constancias de la existencia del error padecido (año 2012), 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 la acción deducida en este pleito.

SEPTIMO: Las costas procesales se imponen a la parte apelante (art. 398 LEC).

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

FALLAMOS



Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Doña Gisela Álvarez Vázquez, en nombre y representación de NCG Banco, S.A., frente a la sentencia dictada en fecha 4 de diciembre 2013 por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 11 de Vigo, en Procedimiento Ordinario núm. 289/13, la cual se confirma en su integridad, imponiendo las costas procesales a la parte apelante.

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 .

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ