



Roj: **SAP PO 947/2015 - ECLI:ES:APPO:2015:947**

Id Cendoj: **36057370062015100198**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vigo**

Sección: **6**

Fecha: **11/05/2015**

Nº de Recurso: **189/2014**

Nº de Resolución: **208/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JAIME CARRERA IBARZABAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

#### **AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6**

#### **PONTEVEDRA**

SENTENCIA: 00208/2015 **AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6 de PONTEVEDRA**

N00050

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

Tfno.: 986817388-986817389 Fax: 986817387

N.I.G. 36057 42 1 2013 0006373

**ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000189 /2014**

**Juzgado de procedencia:** XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 7 de VIGO

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000357 /2013

Apelante: NCG BANCO S.A.

Procurador: FATIMA PORTABALES BARROS

Abogado: ADRIAN DUPUY LOPEZ

Apelado: Jesus Miguel

Procurador: MARIA JESUS NOGUEIRA FOS

Abogado: JUAN MANUEL REGAL MENENDEZ

**LA SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SEDE VIGO**, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados D. Jaime Carrera Ibarzabal Presidente; D. Julio Picatoste Bobillo y D<sup>a</sup>. Magdalena Fernández Soto han pronunciado

#### **EN NOMBRE DEL REY**

La siguiente

**SENTENCIA núm. 208/15**

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

Vistos en grado de apelación ante esta Sección 6<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sede Vigo, los autos de procedimiento ordinario número 357/13, procedentes del Jdo. de Primera Instancia núm. 7 de Vigo, a los que ha correspondido el núm. de Rollo de apelación **189/14**, en los que es parte **apelante** - NCG BANCO S.A., representado por el Procurador D<sup>a</sup>. Fátima Portabales Barros y asistido del letrado D. Javier Lacalle Goytre; y, **apelada** - D. Jesus Miguel representado por el procurador D<sup>a</sup>. María Jesús Noguera Fos y asistido del letrado D. Juan Regal Menendez.



Ha sido Ponente el Ilmo. Magistrado D. Jaime Carrera Ibarzabal, quien expresa el parecer de la Sala.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 7 de Vigo, con fecha 9 de enero de 2014, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que estimando la demanda promovida por la procuradora Dª Mª Jesús Nogueira Fos en nombre y representación de D. Jesus Miguel frente a la entidad NCG Banco S.A. debo declarar y declaro la nulidad del contrato de compraventa de participaciones preferentes ISIN nº NUM000 , de fecha 17 de Septiembre de 2009, formalizado a través del contrato de depósito o administración de valores nº NUM001 , condenando a la demandada a abonarle la cantidad de 33.117,36 ? (previa deducción de los intereses percibidos, que ascienden a 5.157,16 ?) más los intereses legales correspondientes desde la fecha de la presente resolución, con imposición de las costas causadas."

**SEGUNDO.-** Contra dicha Sentencia, por la representación procesal de NCG BANCO S.A., se interpuso 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 correspondiente rollo, señalándose para la deliberación del recurso el día 7 de mayo de 2015.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- *Infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil e infracción de los arts. 316 , 326 y 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .*

1. El demandante D. Jesus Miguel , solicita en su demanda, con carácter principal, la nulidad de los contratos suscritos con la entidad "Caixa Galicia" (con posterioridad "Novagalicia Banco" y en la actualidad "NCG Banco S. A.") en fechas 13 de septiembre de 2009 y 4 de octubre de 2011 , que tenían por objeto la suscripción de valores denominados "Participaciones Preferentes Caixa Galicia Preferentes Em. 10-2009" y "Participaciones Preferentes Caixa Galicia Preferentes EM. 18-05-09", respectivamente. Y la nulidad se solicitaba, por incumplimiento por parte de la entidad ahora demandada de las obligaciones que, con carácter previo a la contratación del producto, le correspondían respecto a la información, lo que determinaba la existencia de vicio en la prestación del consentimiento derivado de la ausencia o insuficiencia de información.

Pues bien, la respuesta conjunta a los motivos impugnatorios que se agrupan en este apartado, pasa por analizar, en primer término, el tipo de información prenegocial que se ofrece por la entidad al ahora demandante sobre el producto a contratar, de suerte que, naturalmente y con respecto a la inexistencia de error esencial e inexcusable, el elemento de controversia que se introduce se circunscribe a determinar si aquel fue o no adecuadamente informado del contenido del contrato con carácter previo a su suscripción y, en su caso, si dicha falta de información debía determinar la nulidad de los contratos. Y es que como precisa la sentencia del Tribunal Supremo de 8 septiembre 2013 : "Desde el momento en que el legislador ha previsto la existencia de las participaciones preferentes, como parte de los recursos propios de una entidad de crédito, siempre y cuando cumplan una serie de características, aunque el emisor fuera un banco extranjero, resulta muy difícil calificar la comercialización de participaciones preferentes como nula de pleno derecho por ser contraria al orden público. Cuestión distinta es que por la forma en que fueron comercializadas se hubiera podido cometer algún abuso que, a los efectos de la validez del negocio, pudiera haber propiciado su contratación bajo un vicio del consentimiento, como el error". El planteamiento de tal cuestión hace conveniente la aportación de unas precisiones previas.

a) Respecto de su naturaleza y características, las participaciones preferentes vienen reguladas en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, que en su art. 7 señala que los recursos propios de las entidades de crédito y grupos consolidables de entidades de crédito comprenden, entre otros, las participaciones preferentes.

La Disposición Adicional Segunda de dicha Ley , enumera los requisitos que deberán cumplir las participaciones preferentes, entre los que destacan:

- Fijar la remuneración que tendrán derecho a percibir los tenedores de las participaciones preferentes.
- No otorgar a sus titulares derechos políticos, salvo en los supuestos excepcionales que se establezcan en las respectivas condiciones de emisión.



- No otorgar derechos de suscripción preferente respecto de futuras nuevas emisiones.
- Tener carácter perpetuo, aunque el emisor podrá acordar la amortización anticipada a partir del quinto año desde su fecha de desembolso, previa autorización del Banco de España.
- Cotizar en mercados secundarios organizados.
- En los supuestos de liquidación o disolución de la entidad de crédito emisora o de la dominante, las participaciones preferentes darán derecho a obtener exclusivamente el reembolso de su valor nominal junto con la remuneración devengada y no satisfecha y se situarán, a efectos del orden de prelación de créditos, inmediatamente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la entidad de crédito emisora o de la dominante.

De acuerdo con ello, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 septiembre 2014 señala: "Las participaciones preferentes son valores atípicos de carácter perpetuo, que contablemente forman parte de los recursos propios de la sociedad que los emite, pero no otorgan derechos políticos al inversor y sí una retribución fija, condicionada a la obtención de beneficios. Esta remuneración se asemeja, de un lado, a la renta fija porque está predeterminada y no es cumulativa, y de otro a la renta variable en la medida en que depende de la obtención de suficientes beneficios. El reseñado carácter perpetuo no impide que la entidad emisora se pueda reservar el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor. De este modo, las participaciones preferentes, que cuando son emitidas por sociedades extranjeras, como es nuestro caso, suelen denominarse "acciones preferentes", vienen a ser un "híbrido financiero", pues combinan caracteres propios del capital y otros de la deuda. En el momento en que se cursaron las órdenes de compra de acciones preferentes cuya nulidad es postulada por las demandantes, en los años 2006 y 2007, se hallaban reguladas en el art. 7 y la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los instrumentos financieros, El art. 7.1 de la reseñada Ley 13/1985 incluye entre la enumeración de los recursos propios de las entidades de crédito y de los grupos consolidados de entidades de crédito, "las participaciones preferentes". Y la disposición adicional segunda de esta misma Ley regula los requisitos que deben cumplir las participaciones preferentes para que se las pueda considerar recursos propios. Entre ellos destaca, por una parte los que se refieren a quién las puede emitir y bajo qué condiciones (fijarán la remuneración que tendrán derecho a percibir los tenedores de las participaciones, aunque el pago estará condicionado a la existencia de beneficios o reservas distribuibles); en el momento de emisión su importe nominal en circulación no puede ser superior al 30% de los recursos propios; la oferta pública de venta debe contar con un tramo dirigido exclusivamente a clientes profesionales de al menos el 50% del total de la emisión. Otros de los requisitos, junto con el reseñado del derecho a percibir una remuneración fija condicionada a la obtención de beneficios, hacen referencia directamente al producto, y lo configuran: no otorgan a su tenedor derechos políticos ni derechos de suscripción preferente respecto de futuras nuevas emisiones; tienen carácter perpetuo, aunque el emisor podrá acordar la amortización anticipada a partir del quinto año de la fecha de sus desembolso, previa autorización del Banco de España; deben cotizar en mercados secundarios organizados; en caso de liquidación o disolución de la entidad emisora, tan sólo darán derecho a la devolución del valor nominal junto con la remuneración devengada y pendiente de ser pagada. En atención a lo que es objeto del presente recurso, debemos destacar que la participación preferente no atribuye derecho a la restitución del valor nominal, por lo que puede hablarse de un valor potencialmente perpetuo o sin vencimiento, ya que su regulación dispone de forma imperativa que el dinero captado por la entidad emisora debe estar invertido en su totalidad y permanentemente en la entidad o en su dominante, de manera que quede directamente afecto a los riesgos y la situación financiera de la entidad. Propiamente, la participación preferente no atribuye un derecho de crédito contra la entidad emisora para la restitución del valor nominal invertido. De tal forma que la liquidez de la participación preferente sólo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario de valores en el que cotiza".

b) Como igualmente precisábamos en anteriores resoluciones, se trata de negocios jurídicos que vienen calificados por su complejidad, carácter que se ve normativamente refrendado por lo establecido en el art. 79 bis 8. a) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercado de Valores, reformada por la Ley 47/2007 de incorporación de la Directiva 2004/39/CE, en el que se cataloga a los instrumentos financieros señalados en los apartados 2 a 8 del art. 2 (entre los que se encuentran las participaciones preferentes) como productos complejos por contraposición con los productos no complejos. De manera que la complejidad la afirman las propias previsiones legales.

c) El demandante, a los efectos prevenidos en el art. 78 bis de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, debe calificarse como cliente minorista, en la medida en que, ni se ha acreditado que se encuentre entre aquellos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos, ni tampoco queda incluido en las diversas categorías a las que el precepto



atribuye la condición de clientes profesionales (entidades financieras, Estados y administraciones regionales, empresarios que individualmente reúnan las condiciones prevenidas en el mismo precepto o inversores institucionales) y sin que asimismo se trate de cliente que hubiere solicitado con carácter previo la condición de profesional o hubiere renunciado a su tratamiento de cliente minorista.

d) *Citando la sentencia del Tribunal Supremo de 20 junio 2014* : " Como afirma la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 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 que 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 de la Directiva 2006/73 , que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4. 4 de la Directiva 2004/39/CE . El art. 4.4 de la 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. De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap , realizada por la entidad financiera al cliente inversor "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55)".

2. La sentencia del Tribunal Supremo de 7 julio 2014 , expone: "Esta Sala ya se ha pronunciado sobre las cuestiones que se suscitan en el presente recurso en la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 20 enero 2014 , dictada en un proceso sobre nulidad de un contrato de swap por error vicio en el consentimiento, en lo esencial idéntico al presente; en ella se examinó el contenido de los deberes de información de la entidad financiera cuando comercializa con clientes minoristas un producto complejo como es el swap y la incidencia del incumplimiento de esos deberes de información para la apreciación de error vicio del consentimiento determinante de la nulidad del contrato.

Hecha la anterior precisión se procede a examinar las dos cuestiones planteadas en el motivo, relativas a la delimitación de los test de evaluación y a la incidencia de la falta de información en la apreciación de error vicio del consentimiento.

Según se declaró en la sentencia de 20 enero 2014 , la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y los clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial, a la que ya se había referido esta Sala en la sentencia, también del Pleno, de 18 de abril de 2013 , en la que - aunque dictada en un proceso sobre un contrato de gestión discrecional de cartera de inversión concertado antes de la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva MiFID - se analizó el alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor y, en concreto, el elevado estándar de información exigible a la empresa que presta el servicio de inversión. Ahora esta Sala debe reiterar en la presente sentencia los criterios de interpretación y aplicación de esa normativa y la incidencia de su incumplimiento en la apreciación de error vicio del consentimiento.

Conforme a esta línea jurisprudencial, el cliente debe ser informado por el banco, **antes de la perfección del contrato** , de los riesgos que comporta la operación especulativa, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el art. 7 del Código Civil , y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias ( art. 79 bis Ley de Mercado de Valores, apartados 2 y 3 y art. 64 del Real Decreto 217/2008 ).

Para articular adecuadamente ese deber legal que se impone a la entidad financiera con la necesidad que el cliente minorista tiene de ser informado (conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados) y salvar así el desequilibrio de información que podría viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses que se da en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, en la prestación de asesoramiento financiero para su contratación, como son la realización del test de conveniencia - cuando



la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente previamente formada, dirigido a evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar - y el test de idoneidad, cuando el servicio prestado es de asesoramiento financiero, dirigido, además de a verificar la anterior evaluación, a efectuar un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente para poder recomendarle ese producto.

Para discernir si un servicio constituye o no un asesoramiento en materia financiera - lo que determinará la necesidad o no de hacer el test de idoneidad - no ha de estarse tanto a la naturaleza del instrumento financiero como a la forma en que este es ofrecido al cliente, valoración que debe realizarse con los criterios establecidos en el artículo 52 de la Directiva 2006/73 , que aclara la definición de servicio de asesoramiento financiero en materia de inversión del artículo 4.4 de la Directiva MiFID , según la doctrina fijada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L. (C-604/2011 ), conforme a la cual tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un *swap* realizada por la entidad financiera al cliente inversor " que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público". Además, en la sentencia de 20 enero 2014 esta Sala se refirió a la diferente función de ambas evaluaciones, distinguiendo la finalidad del test de conveniencia - que va dirigido a la valoración de los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con el objetivo de que la entidad financiera pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera y pueda determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa, en los términos que establece el art. 73 del Real Decreto 217/2008 - de la finalidad del test de idoneidad - que procede, como se ha dicho, cuando se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de cartera mediante la realización de una recomendación personalizada - en el que se suma el test de conveniencia (sobre conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente) a un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan, según especifica el art. 72 del Real Decreto 217/2008 .

A partir de las anteriores consideraciones relativas al deber de información de la entidad financiera al cliente minorista en la contratación de productos complejos, en la sentencia de 20 enero 2014 , se fijó, tras analizarse en ella la reiterada doctrina de esta Sala sobre los requisitos del error vicio de consentimiento, la doctrina relativa a la incidencia del incumplimiento de ese deber en la apreciación del error vicio del consentimiento cuando haya un servicio de asesoramiento financiero, doctrina que se reitera en la presente sentencia y que puede resumirse en los siguientes puntos:

- a) El incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo.
- b) El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto, en este caso el *swap* .
- c) La información - que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros ( art. 79 bis 3 Ley de Mercado de Valores ) - es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.
- d) 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 que consiste el error le es excusable al cliente.
- e) 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, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo; y la omisión del test que debía recoger esa 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, permite 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 " .





3. La sentencia del Tribunal Supremo de 12 enero 2015 , en torno a las consideraciones generales sobre el error vicio del consentimiento, señala: "La sentencia del pleno de esta sala num. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , recoge y resume la jurisprudencia dictada en torno al error vicio. Afirmábamos en esa sentencia, con cita de otras anteriores, que hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. El respeto a la palabra dada ("pacta sunt servanda") impone la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y quien lo sufrió pueda quedar desvinculado. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos, recogidos en la regulación contenida en el Código Civil y en la jurisprudencia dictada en esta materia. Es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que la equivocación 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. 1266 del Código Civil 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. 1261. 2 del Código Civil ). La jurisprudencia ha exigido que el error sea 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 ( sentencia núm. 215/2013, de 8 abril ). El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. El Código Civil no menciona expresamente este requisito, pero se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe. La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba al contratar. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida. La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa. En definitiva, el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración.

En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, 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 de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en la citada sentencia num. 840/2013, de 20 de enero de 2014 " y reiterado en sentencias posteriores".

4. Como se viene diciendo, la cuestión que se suscita se polariza en torno a la información precontractual o previa a la perfección del contrato. Y, al respecto, en el caso presente, debe partirse de las siguientes consideraciones:

i) La orden de suscripción de valores suscrita por la demandante y la entidad "Caixagalicia" en fecha 17 de septiembre de 2009, tenía por objeto la adquisición de participaciones preferentes "Participaciones Preferentes Caixa Galicia Preferentes EM. 10-2009" por un nominal total de 13.000 euros y la orden suscrita el 4 de octubre de 2011, tenía por objeto "Participaciones Preferentes Caixa Galicia Preferentes EM. 18-05-09" por importe de 77.000 euros. Tales participaciones, como se deja dicho, deben calificarse como un producto complejo, en cuanto se incluyen en la categoría de "instrumentos financieros derivados" y por ello se califican en la Ley de Mercado de Valores ( arts. 2. 2 y 79 bis, apartado 8), en coherencia con la Directiva 2004/39 , como "productos complejos" por contraposición a los "no complejos" ( sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013 ). Y, desde luego, lo confirma la propia entidad demandada, en cuanto que

el documento denominado "Resumen de Emisión de Participaciones Preferentes Serie E" señala, entre los aspectos relevantes a tener en cuenta por el inversor, que "las participaciones preferentes Serie D son un producto complejo y de carácter perpetuo".

ii) En atención a la fecha de celebración de los contratos (17 de septiembre de 2009 y 4 de octubre de 2011) resulta de aplicación la doctrina normativa de la Ley del Mercado de Valores, tras la reforma operada por la Ley 47/2007 para incorporar la Directiva 2004/39/CE [MIFID].

iii) El demandante, a los efectos prevenidos en el art. 78 bis de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, debe catalogarse como cliente minorista y **consumidor**. Y, en efecto, en la "Orden de Valores" (contrato de suscripción de las preferentes) se hace constar que " las partes se someten a las prescripciones del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 18 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios y otras leyes complementarias...".

iv) La entidad "Caixa Galicia" actuó prestando un servicio de asesoramiento financiero, con arreglo a lo dispuesto en el art. 4. 4 de la Directiva 2004/39/CE y 52 de la Directiva 2006/73/CE y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013, en la medida en que se trata de un producto que fue recomendado y ofrecido por un comercial de la propia entidad de crédito (directora de la sucursal de "Caixa Galicia" en Bayona) y de forma personalizada al actor y es que, de ningún modo se acredita que la inversión hubiere sido divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público. En suma, y siguiendo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 30 de mayo de 2013, tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap (en el caso, participaciones preferentes) realizada por la entidad financiera al cliente inversor "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55).

5. En el escrito de contestación a la demanda se afirma que los profesionales de la entidad demandada informaron debidamente al cliente de las características esenciales de los valores tanto verbal como documentalmente. Sin embargo, tal aserto no se corresponde con la realidad.

A) Respecto a las participaciones preferentes suscritas con fecha 17 de septiembre de 2009, la entidad "Caixa Galicia" entregó al cliente un "Resumen Caixa Galicia Preferentes S. A. Sociedad Unipersonal. Emisión de Participaciones Preferentes Serie E", en el que se describen las características de dicho producto; una hoja de reconocimiento de la entrega de la copia del Resumen explicativo y la "Orden de Valores" que constituye el contrato propiamente dicho.

El "Resumen" de características, se entregó sin la documentación que refiere el propio tríptico, es decir el "Folleto" integrado por el "Resumen", el "Documento de Registro del emisor" y la "Nota de Valores" (incluyendo el módulo de garantías), siendo así que, como se especifica en el propio documento: " Este resumen debe leerse como introducción al Folleto " y " Toda decisión de invertir en los valores debe estar basada en la consideración del Folleto en su conjunto por parte del inversor ". Pero además, no se acredita que el "Resumen" fuere entregado con anterioridad a la fecha de la suscripción de la "Orden de Valores" (perfección o formalización del contrato), por lo que debe entenderse que la entrega se hizo no solamente en la misma fecha, sino incluso después de la firma de la orden de suscripción (repárese en que en las copias que se entregan al cliente, tanto del "Resumen" como de la hoja de reconocimiento de la entrega, aparece la firma del cliente), y así la propia hoja de reconocimiento de entrega del "Resumen" señala " He recibido una copia del Resumen explicativo en que se describen las características del producto " y " **confirmo** la orden de suscripción de las Participaciones Preferentes Serie E", y si "confirmar" no supone sino dar validez definitiva a algo, es llano que tal escrito se firma con posterioridad a la suscripción del contrato. Y esta circunstancia, al propio tiempo que apercibe del carácter meramente ritual de la información, excluye la posibilidad de que pueda considerarse información precontractual propiamente dicha, al ser ofrecida al mismo tiempo (o después) de la firma del contrato principal y, por ello, sin la suficiente antelación y sin conceder tiempo material para el estudio y análisis de la documentación (ni siquiera para una simple y rápida lectura) y la comprensión de los términos de la misma. Al respecto, las sentencias del Tribunal Supremo de 10 septiembre 2014 y 12 enero 2015, declaran que la empresa que presta servicios de inversión tiene el deber de informar con suficiente antelación. Y es que el art. 11 de la Directiva 1993/22 /CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, establece que las empresas de inversión tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente "en el marco de las negociaciones con sus clientes" y el art. 5 del anexo del Real Decreto 629/1993, exige que la información sea "clara, correcta, precisa y suficiente" y que la que debe suministrarse a la clientela "sea entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación".



Y, en relación con la información verbal se expone que los profesionales de la entidad demandada informaron debidamente al cliente. Pero lo cierto es que nada se acredita al respecto. Como acertadamente señala la sentencia de instancia, ni siquiera se ha propuesto la declaración de las personas que comercializaron el producto, a fin de acreditar el haber proporcionado una información completa y suficiente. En definitiva, no solamente no consta que se hubiere informado verbalmente de aquellos aspectos más relevantes del producto, como los relativos a que las participaciones preferentes son un producto financiero de carácter complejo y perpetuo, que no constituyen un depósito bancario y, por tanto, no se incluyen entre las garantías del Fondo de Garantías de Depósitos o que el adjetivo "preferente" no significa que sus titulares tengan la condición de acreedores privilegiados, sino que no se advirtió de los factores de riesgo de los valores, en concreto, los riesgos de no percepción de las remuneraciones, el riesgo de absorción de pérdidas, el riesgo de perpetuidad, el riesgo de orden de prelación, el riesgo de mercado, el riesgo de liquidez o representatividad de las participaciones en el mercado, el riesgo de liquidación de la emisión o el riesgo de variación de la calidad crediticia.

Consecuentemente, carece del menor valor y no puede reconocerse efecto a la exoneración o "cláusula de descargo" que se incluye en la misma "Orden de Valores" en los términos siguientes: "*De acuerdo con la evaluación de la conveniencia, realizada por Caixa Galicia con la información suministrada, reconozco que el producto o servicio solicitado no resulta adecuado. No obstante, solicito su contratación, exonerando a Caixa Galicia de responsabilidad por la misma*". Y es que, en primer lugar, no se realizó el test de conveniencia, como demuestra el hecho de que no se hubiere confeccionado y entregado el correspondiente documento, cual ocurre con el test de evaluación verificado con ocasión de la suscripción de las participaciones preferentes de 4 de octubre de 2011, ello además de que de haberse formalizado dicha evaluación el resultado debiera haber sido el mismo que el realizado con ocasión de la adquisición de las segundas participaciones preferentes, pues las circunstancias personales no habían variado desde la firma de las primeras obligaciones, siendo así que dicho test arrojó un resultado de "conveniente" para la adquisición de este tipo de productos; en segundo término, porque la cláusula de exoneración bancaria es una cláusula prerredactada y que se incluye en todos los tests de conveniencia cuyo resultado es "no conveniente" y siendo ello así, no se ha acreditado que tal cláusula se hubiere negociado individualmente, en el sentido de que se hubieren facilitado al cliente las razones por las que no se consideraba "adecuado" el producto y por último, porque la calificación del producto como no adecuado (que, curiosamente no la hace la entidad, sino que se pone en boca del cliente, como apreciación personal del mismo: "*... reconozco que el producto no resulta adecuado*"), no se corresponde con la naturaleza y objetivos del test de conveniencia (que valora los conocimientos - estudios y profesión - y la experiencia - frecuencia y volumen de operaciones - del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera), sino más bien con el test de adecuación, precisamente destinado a que la entidad pudiese conocer la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente y que, sin embargo no se formalizó, a pesar de que la entidad prestaba un servicio de asesoramiento.

B) Respecto a las participaciones preferentes suscritas el 4 de octubre de 2011, idéntica conclusión se alcanza respecto a la inexistencia de información negocial previa. En este caso se hizo un test de conveniencia (si bien en la misma fecha en que se firma el contrato) y se entregó una copia de la "Orden de Valores". El test de conveniencia, obviamente y porque tal no es su finalidad, no contiene el menor aspecto informativo respecto a las participaciones preferentes y la "orden de Valores" constituye el propio contrato de suscripción del producto. Por tanto no ha existido información precontractual por escrito. Sin que conste tampoco que en forma verbal y con antelación a la firma del contrato se hubiere proporcionado dicha información.

Por consiguiente, no consta que en ninguna de las dos ocasiones en que el ahora demandante adquirió las participaciones preferentes, la entidad demandada hubiere proporcionó al interesado datos veraces y reales sobre el producto, esencialmente los relativos a los riesgos (como señala la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 7 julio 2014, el error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto). Tampoco por escrito se facilitó información previa y no consta, por otro lado, que el demandante hubiere adquirido tal conocimiento por otros medios (no se acreditada una especial cualificación en relación con los conocimientos específicos de este tipo de productos financieros complejos). Y así, ausente (o, cuando menos, improbada) la preparación personal suficiente para comprender la complejidad del contrato, sin que recibieran una explicación completa y real del tipo de producto y especialmente de sus altos riesgos (se insiste, elemento esencial y decisivo), se constata un consentimiento no informado y, por tanto, viciado por concurrir error. Y sin que se oponga a tal conclusión el requisito de la inexcusabilidad del error, por cuanto, como señala la citada sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2014: "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 que consiste el error le es excusable al cliente". Y es que, como sanciona la sentencia del Tribunal Supremo de 12 enero 2015, "El incumplimiento por la demandada del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a sus clientes y, en concreto, sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico, puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, y le impone esa obligación con carácter previo a la celebración del contrato y con suficiente antelación, lo que implica que debe facilitar la información correcta en la promoción y oferta de sus productos y servicios y no solamente en la documentación de formalización del contrato mediante condiciones generales, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada ( art. 12 de la Directiva y 5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo ), en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico".

En suma, y en relación con estos apartados impugnatorios del recurso, ni la sentencia incurre en error valorativo por apreciar que ha habido vicio del consentimiento en la contratación, ni la valoración probatoria (interrogatorio judicial y documental) puede calificarse de ilógica o infractora de las reglas de la sana crítica, ni en fin, existe vulneración de la doctrina normativa de la ley de Mercado de Valores, en relación con las obligaciones informativas que la misma impone.

Segundo.- *Infracción de los arts. 1309, 1311 y 1313 del Código Civil y de la doctrina de los actos propios* .

La parte recurrente alega la existencia de actos propios que demostrarían la existencia de una confirmación tácita de los contratos de participaciones preferentes, de suerte que devendría de aplicación la doctrina normativa del art. 1313 del Código Civil, según el que la confirmación purifica al contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración. En el escrito de contestación a la demanda venía a calificarse como acto confirmatorio o que se vincula con la doctrina de los actos propios de la actora, la percepción de rendimientos durante un periodo de tiempo sin formular queja alguna, la remisión de información periódica donde consta la denominación de los valores y la remisión de información fiscal (supuesto al que ha venido añadirse en el recurso, a manera de cuestión *ex novo*, el haber suscrito hasta en dos ocasiones el mismo producto).

Tal pretensión deviene improsperable. El art. 1311 del Código Civil dispone que se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo esta cesado, el que tuviere derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo.

Y, como es conocido la llamada doctrina de los actos propios, surgida originariamente en el ámbito del derecho privado, significa la vinculación del autor a una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito en el sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia con el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos. En tal sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 9 mayo 2000, recuerda: "Como ha señalado la reciente sentencia de esta Sala de 28 de enero de 2000 «el principio general de derecho que veda ir contra los propios actos ("nemo potest contra proprium actum venire"), como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, cuyo apoyo legal se encuentra en el art. 7. 1 del Código Civil que acoge la exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico, y con base en el que se impone un deber de coherencia en el tráfico sin que sea dable defraudar la confianza que fundadamente se crea en los demás, precisa para su aplicación la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca, del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción, en el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior;



y esta doctrina (recogida en numerosas sentencias de la Sala, como las de 27 enero y 24 junio 1996 ; 16 febrero , 19 mayo y 23 julio 1998 ; 30 enero , 3 febrero , 30 marzo y 9 julio 1999)" . Y, en relación con sus requisitos, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 mayo 2001 , expone: "... hay que consignar que es principio general de Derecho, que afirma la inadmisibilidad de venir contra los actos propios, principio que tenía ya constancia en el añejo texto de Las Partidas, y que supone un límite del derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia de la buena fe y de la exigencia de la observancia de una coherencia en el ámbito del tráfico jurídico y siempre que concurren los presupuestos o requisitos exigidos por la doctrina para su aplicación y que son los siguientes: a) En primer lugar, que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una determinada situación jurídicamente afectante a su autor y b) que exista una incompatibilidad o contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta precedente ( sentencias, por citar entre las más recientes, de 18 de enero de 1990 , 5 de marzo de 1991 , 4 de junio y 30 de diciembre de 1992 , 12 y 13 de abril y 20 de mayo de 1993 , 17 de diciembre de 1994 , 31 de enero , 30 de mayo y 30 de octubre de 1995 , 21 de noviembre de 1996 , 4 de enero , 13 de julio , 1 de octubre y 16 de noviembre de 1999 , 23 de mayo , 25 de julio y 25 de octubre de 2000 , 27 de febrero y 16 de abril de 2000)".

Pues bien, la percepción de rendimientos, sin deducir queja, objeción o reparo alguno o la remisión de información posterior a la suscripción, no pueden considerarse como vinculantes actos propios, ni entrañan acto alguno de confirmación tácita del contrato. La jurisprudencia interpretativa del art. 1311 del Código Civil señala que para que se produzca la confirmación tácita es preciso que el acto inequívocamente confirmatorio se realice una vez que se tiene conocimiento de la causa de nulidad y habiendo esta desaparecido ( sentencias del Tribunal Supremo 10 abril 1976 , 27 octubre 1980 , 4 julio 1991 , 15 febrero 1995 , 12 noviembre 1996 y 4 octubre 1998 ). Y la percepción de intereses (y, con más razón la ausencia de queja o reclamación) o la recepción de información fiscal, no suponen el conocimiento de la causa de nulidad, en la medida en que constituyen una consecuencia necesaria y propia del contrato que la actora creía haber celebrado. De modo que, cuando comprueba la verdadera naturaleza del producto que había adquirido, deduce ya la primera reclamación (28 de agosto de 2012) dirigida a "NCG Banco S. A.". Ello además de que la confirmación exige ineludiblemente una actividad libre y consciente, con ánimo o voluntad convalidante ( sentencias del Tribunal Supremo de 6 noviembre 1948 y 12 noviembre 1996 ), que no puede deducirse de la actitud pasiva respecto a recepción de intereses o de posterior información acerca de la evolución del producto y sus rendimientos, sin que tampoco quepa inferir de tales hechos la voluntad de renunciar la acción de nulidad del contrato.

Por lo demás, y respecto a la suscripción de nuevas participaciones preferentes, además de una cuestión nueva del recurso (y, por tanto, rechazable sin más, de acuerdo con los arts. 218. 1 , 412. 1 y 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ), debe precisarse que, en realidad, se trata de suscripción de participaciones preferentes realizada en dos ocasiones diversas (17 de septiembre de 2009 y 4 de octubre de 2011), en ninguna de las cuales, como queda expuesto, se habría facilitado información suficiente a la interesada, de modo que cuando suscribe por segunda vez, las órdenes de valores, persiste en su desconocimiento sobre la verdadera naturaleza y desde luego, los riesgos del producto, por lo que la segunda suscripción no puede interpretarse como acto propio vinculante o como confirmación tácita del contrato, cuando se ignora todavía la causa de nulidad, en cuanto que el vicio del consentimiento continúa vigente.

Tercero.- *Costas procesales* .

De conformidad con lo dispuesto en el art. 398. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el artículo 394.

## FALLAMOS

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D.<sup>a</sup> Fátima Portabales Barros, en nombre y representación de la entidad "NCG Banco S: A:" contra la sentencia de fecha nueve de enero de dos mil catorce, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Vigo , confirmamos la misma, con imposición, a la parte apelante, de las costas procesales del recurso.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

La presente resolución podrá impugnarse ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, a medio de recurso de casación por interés casacional y/o extraordinario por infracción procesal, que se interpondrán ante esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial, en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de la misma.

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