



Roj: **SAP OU 321/2015 - ECLI:ES:APOU:2015:321**

Id Cendoj: **32054370012015100163**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **12/05/2015**

Nº de Recurso: **351/2014**

Nº de Resolución: **166/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA JOSE GONZALEZ MOVILLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

### **OURENSE**

#### **APELACIÓN CIVIL**

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por las Señoras, doña Ángela Irene Domínguez Viguera Fernández, Presidenta, doña Josefa Otero Seivane y doña María José González Movilla, Magistradas, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

#### **SENTENCIA NÚM. 00166/2015**

En la ciudad de Ourense a doce de mayo de dos mil quince.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de Juicio Ordinario procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de O Barco de Valdeorras, seguidos con el nº. 252/13, rollo de apelación núm. 351/14, entre partes, como apelante NCG BANCO SA, representado por el Procurador D. Jorge Vega Álvarez, bajo la dirección del Letrado D. Adrián Dupuy López y, como apelados, D. Juan Alberto y Doña Rosalia, representados por la procuradora D<sup>a</sup>. Diana Ortiz Carracedo, bajo la dirección del Abogado D. Sergio Amadeo Gadea. Es ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María José González Movilla.

#### **I - ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de O Barco de Valdeorras, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 15 de mayo de 2014, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO:** Que debo estimar y estimo en parte la demanda interpuesta a instancia de D. Juan Alberto y Doña Rosalia representados por el Procurador de los Tribunales Doña Diana Ortiz Carracedo contra la entidad "NOVA GALICIA BANCO SA" representada por el procurador D. Jorge Vega Álvarez, en el ejercicio de acción de anulabilidad por importe de 291.600 euros, declarando la anulabilidad de los contratos de compraventa o suscripción de obligaciones subordinadas y participaciones preferentes suscritos entre las partes, y en consecuencia se condena a "NO VAGALICIA B ANCO S.A" (NCG BANCO, SA) a pagar a D. Juan Alberto y D<sup>a</sup> Rosalia la cantidad de 291.600 euros en concepto de principal, más los intereses del art.1.303 del Código Civil, desde la fecha de ejecución de dicho contrato, hasta la sentencia, y desde esta hasta su completo pago, el interés procesal del art.576 de la LEC. Igualmente, se acuerda como los actores D. Juan Alberto y D<sup>a</sup> Rosalia, deben de restituir a la entidad demandada, los frutos e intereses que han percibido por pago de dicha demandada. Igualmente, en ejecución de sentencia, la cantidad que debe de restituir la entidad demandada, deberá minorarse restándose las cantidades que los actores han recuperado en el canje de acciones y posterior compra por el FROB Y FGD.

Se condena en costas a la entidad demandada "NOVAGALICIA banco S.A. ".

**Segundo.-** Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación de NCG BANCO SA recurso de apelación en ambos efectos, y seguido por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial.



**Tercero.-** En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Los demandantes Don Juan Alberto y Doña Rosalía solicitan en el presente procedimiento que se declare la nulidad de los contratos (contratos de depósito y administración de valores, contratos de gestión de cartera y órdenes de suscripción de valores) en virtud de los que adquirieron títulos de obligaciones subordinadas y participaciones preferentes de la entidad Caixanova, absorbida por NCG Banco SA, por un valor nominal de 291.600 euros. Se indica en la demanda que los actores son personas mayores, inexpertas en finanzas, sin conocimientos financieros mínimos y sin formación sobre productos financieros complejos y de alto riesgo, aunque poseen un gran patrimonio familiar. Siendo clientes de la entidad demandada, concretamente de la sucursal sita en la localidad de Vilamartín de Valdeorras, para la gestión de su patrimonio les hicieron clientes de banca privada, concertando un contrato de gestión de cartera el día 29 de agosto de 2008 y abrieron una cuenta de valores para gestionar su cartera de valores. Por consejo de la demandada y con su asesoramiento invirtieron su dinero en diversos productos bajo la pauta predominante de la diversificación ( sectorial, de mercado, de producto y geográfica) y con una tipología de inversores prudentes, en una estrategia de preservación patrimonial, diluyendo la probabilidad de pérdida y evitando la concentración de exposición al riesgo. En base a ello invirtieron en productos tales como cuentas corrientes remuneradas, fondo garantizados de ahorro, imposiciones a plazo fijo, fondos de inversión a medio plazo de renta variable emitidos por empresas de la zona euro, Ibex 35, inversión en empresas alemanas de todo tipo, inversiones financieras de renta fija, depósitos referenciados al Ibex garantizados, cuenta corriente divisas etc. A principios de mayo del 2009, con motivo del vencimiento de un plazo fijo, el director de la sucursal y un empleado les ofrecieron un producto que les dijeron que era similar a un plazo fijo, pero con una rentabilidad mayor, sin ningún tipo de riesgo financiero. Aceptando la oferta y siguiendo sus consejos el día 5 de marzo de 2009 suscribieron 176 títulos de obligaciones subordinadas de Caixa Galicia por un importe de 105.600 euros y otros 50 títulos, por importe de 30.000 euros. Posteriormente a finales del mes de mayo, de nuevo les recomendaron otro producto que se lo describieron como el anterior y, en base a la información obtenida, suscribieron el día 1 de junio de 2009, 1560 títulos de participaciones preferentes de Caixa Nova por un nominal total de 156.000 euros. Cuando los actores trataron de recuperar el dinero invertido, fueron informados por la entidad de que no podían hacerlo pues habían invertido en obligaciones subordinadas y participaciones preferentes y manifestando ahora desconocer la realización de esas operaciones al considerarse únicamente titulares de depósitos a plazo solicitan la nulidad de los contratos suscritos basando su demanda en la existencia de un error como vicio de consentimiento, al no haber sido nunca informados de las características y de los riesgos de los productos suscritos. La entidad demandada se opuso a la demanda alegando, en primer término, la caducidad de la acción al haber transcurrido más de cuatro años desde la fecha de las suscripciones hasta el momento de presentación de la demanda, conforme al artículo 1301 del Código Civil ; y en relación al fondo, sostiene que el error invalidante del consentimiento carece de base alguna pues los actores delegaron en su hijo la gestión de su patrimonio siendo el mismo suficientemente informado por los asesores de banca privada de la entidad sobre todas las inversiones realizadas, y que además los demandantes vinieron percibiendo los correspondientes intereses sin manifestar protesta, reclamación o reparo, pretendiendo dejar sin efecto los contratos desde el momento en que dejaron de percibir intereses o el valor de los mismos decayó. Además mantiene la demandada que los actores no eran ajenos a productos de inversión, algunos de elevado riesgo, por lo que no podían alegar desconocimiento de ese tipo de productos. Por todo ello, la demandada solicitó que se desestimara la demanda y, subsidiariamente, en caso de que fuese estimada que se obligase a ambas partes a restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia del contrato con sus frutos. En la sentencia dictada en la instancia se estimó la demanda declarando la nulidad de las órdenes de suscripción de valores, condenando a la demandada a devolver a los actores la suma invertida más los intereses devengados desde las fechas de las respectivas suscripciones, debiendo los demandantes restituir a la entidad los frutos e intereses percibidos como rendimientos de los productos suscritos. Frente a dicha resolución la entidad demandada interpuso el presente recurso de apelación, en base a los siguientes motivos de impugnación: vulneración de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil , al declarar que existe nulidad por error en el consentimiento; infracción de los artículos 316 , 326 y 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al valorar las pruebas de forma ilógica e irrazonable; vulneración de los artículos 1309 , 1311 y 1313 del Código Civil y la doctrina general sobre los actos propios al no declarar la existencia de confirmación tácita en la postura posterior a la contratación por parte de los recurridos; vulneración del artículo 1301 del Código Civil al no declarar la caducidad de la acción de nulidad por vicio en consentimiento; y vulneración del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al no resolver sobre todas las pretensiones planteadas en la demanda. Los demandados se opusieron al recurso interpuesto, solicitando la confirmación de la resolución recurrida



**SEGUNDO.-** Se alega por la entidad recurrente, como primer motivo de impugnación la vulneración e interpretación errónea del artículo 1301 y concordantes del Código civil, en que considera que ha incurrido la sentencia de instancia al no haber apreciado la caducidad de la acción de nulidad ejercitada, pues desde la consumación de los contratos de adquisición de los productos, hasta la presentación de la demanda había transcurrido con creces el plazo de cuatro años que para el ejercicio de tal acción establece el mencionado precepto legal.

Tal alegación ha de ser plenamente desestimada. El artículo 1301 del Código civil establece que la acción de nulidad solo durará cuatro años, tiempo que empezará a correr, en los casos de error, desde la consumación del contrato. En interpretación de este precepto legal, la doctrina jurisprudencial ha señalado que tal plazo empezará a contarse, no desde la perfección del contrato, sino desde su consumación, es decir, cuando se haya producido el completo cumplimiento de las prestaciones por ambas partes.

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2003 aclara la cuestión, con amplia remisión a otros muchos precedentes jurisprudenciales, señalando: "En orden a cuando se produce la consumación del contrato (...), es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones. (...) Este momento de la consumación no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que solo tiene lugar, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes. (...) Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala, afirmando que el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo. (...) y la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó. Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no de que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma no podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el artículo 1301 del Código civil."

Pues bien, partiendo de ello ha de estimarse que la acción no estaba caducada o que los demandantes no carecían de acción para solicitar la declaración de nulidad pretendida porque a fecha de presentación de la demanda no puede afirmarse que se habían consumado y cumplido, en su integridad, los vínculos obligacionales totales generados entre las partes. En modo alguno los efectos de la contratación concluyen con la suscripción de la orden de compra, sino que, por el contrario se prolongan en el tiempo, y tienen carácter perpetuo. La caducidad de la acción no ha de examinarse, además, aisladamente en referencia a una determinada orden de compra o suscripción de participaciones preferentes, con abstracción total y plena de lo que se configura como contrato de cuenta de valores, al que la referida orden de compra va unida indisolublemente y, por eso, se firman conjuntamente. Consiguientemente, un documento contractual sin el otro no abarcaría los totales vínculos obligacionales y prestacionales que libremente establecieron las partes contratantes y así, se invoca el vicio en el consentimiento tanto de la suscripción y firma de la orden de compra como de los vínculos derivados de la cuenta de valores, en el que no aparece el término participaciones preferentes.

Por todo ello tratándose de una relación contractual de tracto sucesivo, la misma no se agotó en la compraventa de las participaciones, sino que se perpetuó en el tiempo mientras la entidad financiera siguió verificando las liquidaciones periódicas del producto financiero o de inversión, asumiendo la gestión del mismo de cara a los adquirentes, y por ello, a fecha de presentación de la demanda el plazo de cuatro años no había transcurrido ni la acción había caducado o prescrito.

**TERCERO.-** Pretendiéndose en la demanda iniciadora de este procedimiento que se declare la nulidad de dos contratos u operaciones, que son la suscripción de participaciones preferentes y la suscripción de obligaciones subordinadas, para determinar si en su celebración han concurrido todos los requisitos esenciales de validez de los contratos es preciso examinar la naturaleza y el carácter de tales operaciones. Las participaciones preferentes son valores emitidos por una entidad para obtener financiación empresarial a largo plazo que constituyen lo que se conoce como "híbrido empresarial", a mitad de camino entre las acciones y las obligaciones o bonos. No otorgan a sus tenedores una verdadera participación en la entidad, aunque, desde el punto de vista contable, se asemejan a las acciones, pues ambas son recursos propios de la entidad que las emite, pero se diferencian de éstas en elementos tales como que no conceden derechos políticos a su titular, lo que supone que al no otorgar derecho a participar en los órganos sociales de la entidad emisora de las participaciones, no se permite a su titular participar en el control del riesgo asumido, ni tampoco otorgan un derecho de suscripción preferente respecto de futuras emisiones. Se trata generalmente de valores de carácter perpetuo, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del Banco de España. Tienen una remuneración generalmente fija en un primer período para hacer



la emisión atractiva a los mercados, y variable durante el resto de la vida del producto, condicionándose la remuneración a la obtención de beneficios distribuibles por parte del emisor o de su grupo, y no es acumulable, es decir, si no se percibe en un período, el inversor pierde el derecho a recibirla. En cualquier caso, esa rentabilidad, de la misma forma que el capital invertido, no están garantizados; ni el Fondo de Garantía de Depósitos ni ninguna otra entidad garantizan la inversión y su rentabilidad está vinculada a los resultados de la entidad. Las participaciones preferentes no cotizan en Bolsa, sino que se negocian en un mercado secundario organizado, incluso pueden contar con un contrato de liquidez, pero ésta es limitada, y no siempre es fácil deshacer la inversión, dependiendo de las fluctuaciones del mercado y de la propia situación económica de la entidad emisora. Si ésta no obtiene beneficios y deja de abonar intereses a los titulares de las participaciones preferentes, no existirá mucha demanda al menos por su valor nominal; como tampoco habrá compradores y será más difícil venderlas si se produce un alza de los tipos de interés o los rendimientos ofrecidos por otras entidades financieras o entes públicos por otros productos. Se trata, por tanto, de un instrumento de riesgo elevado que puede generar rentabilidad pero también pérdidas en el capital invertido, dependiendo de la situación del mercado, del emisor y de las condiciones financieras del producto. A pesar de que se denominan preferentes, en orden a la recuperación de los créditos en caso de insolvencia de la entidad, se sitúan por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados y por delante de las acciones ordinarias, hallándose al mismo nivel que el resto de las participaciones preferentes emitidas o que pudiera emitir en el futuro la entidad. Estos valores constituyen instrumentos de inversión complejos y de elevado riesgo. De esa complejidad advierte ya 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 intermediarios financieros (en la redacción dada por la Ley 6/2011, de 11 de abril) al establecer las condiciones exigidas a las entidades de crédito para que puedan computar participaciones preferentes como recursos propios, y por ese mismo carácter, recientemente, el Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, en su Exposición de Motivos, concretamente en su apartado IV, especifica que deben adoptarse medidas de protección del inversor de manera que el Real Decreto-ley dé respuestas decididas en relación a la comercialización de instrumentos híbridos y otros productos complejos para el cliente minorista, entre los que se incluyen las participaciones preferentes, con el fin de evitar que se reproduzcan prácticas irregulares ocurridas durante los últimos años, en los que, como se señala en el Estudio sobre Participaciones Preferentes del Defensor del Pueblo de marzo de 2013, la innovación de los productos financieros, la asimetría informativa y de conocimiento del mercado, junto a la preocupación de los poderes públicos de procurar mecanismos de capitalización a las entidades con el fin de garantizar solvencia y estabilidad a los mercados, han propiciado el ambiente idóneo para la distribución entre ahorradores de instrumentos inadecuados a sus necesidades, a su perfil como inversor y, en muchas ocasiones, a sus deseos, comercializándose como una alternativa a los depósitos a plazo, sin informar debidamente de las características del producto, todo lo que ha generado una situación en el mercado de desconfianza sobre la actividad de las entidades y la proliferación de reclamaciones judiciales como la litigiosa. Por otro lado, las obligaciones subordinadas son productos de renta fija emitidos por una entidad con la finalidad de captar fondos para su financiación, y se basan, como todos los activos de renta fija, en la entrega de dinero de un inversor a un emisor y la devolución por parte de éste del capital más interés a lo largo o al cabo de un determinado período. Como las participaciones preferentes, no otorgan derechos políticos a los suscriptores, que por ello no pueden ejercitar un verdadero control sobre la situación y las actividades de la entidad, ni tienen garantizada su rentabilidad, que depende de los beneficios o la situación económica de quien las emite. Renta fija no implica necesariamente rentabilidad fija ni ausencia de riesgo. Aunque tradicionalmente en la renta fija los intereses del préstamo se establecen de forma exacta desde el momento de la emisión hasta su vencimiento, actualmente existen otras modalidades más sofisticadas, con intereses variables referenciados a determinados indicadores como tipos de interés (Euríbor, etcétera), índices bursátiles o incluso la evolución de una determinada acción, índice, etcétera. Al ser la rentabilidad conocida de antemano, el riesgo para el inversor está en que la entidad, en el momento del vencimiento, pueda hacer frente a los pagos, incumplimiento que es conocido como riesgo de crédito o riesgo de insolvencia (probabilidad de que el emisor del título no pueda hacer frente a sus obligaciones, tanto el pago de cupones o intereses como el reembolso o devolución del capital inicial prestado), riesgo que precisa un análisis económico-financiero muy difícil de realizar a un inversor individual, que es tarea de las empresas especializadas de calificación que periódicamente publican la calificación o "rating" de los emisores de títulos de renta fija. Las obligaciones subordinadas, a diferencia de las participaciones preferentes, suelen tener un plazo de vencimiento no inferior a cinco años desde su emisión, aunque también pueden emitirse por plazo indeterminado (son las llamadas obligaciones subordinadas especiales), pero no conllevan necesariamente una garantía de recuperación del total de su valor nominal a su vencimiento, dependiendo de la solvencia de la entidad, no apareciendo cubiertas por el Fondo de Garantía de Depósitos. Estos valores no cotizan en Bolsa, sino que se negocian en un mercado secundario organizado, dependiendo su liquidez de la evolución de los mercados y de la situación económica del emisor. En caso de venta, el rendimiento que obtiene el inversor será la diferencia entre su precio de transmisión y su precio de adquisición, y su riesgo es que desconoce a



qué precio podrá vender el título en el futuro, que depende de la demanda o del interés de otros inversores en el título que se ve afectada sobre todo por los tipos de interés del mercado, cuyo nivel está inversamente relacionado con el precio de la renta fija (cuando suben los tipos de interés, el precio de los títulos de renta fija baja, y cuando bajan los tipos de interés, el precio de la renta fija sube). En todo caso, aun cuando los títulos se mantengan hasta el vencimiento y la entidad pueda devolver el importe invertido, éste puede sufrir una depreciación por el transcurso del plazo de vida de los mismos a causa de la inflación. En caso de liquidación de la entidad emisora, al tener estas obligaciones el carácter de subordinadas, sólo gozan de preferencia sobre los tenedores de participaciones preferentes y los accionistas en el momento de recuperar su capital. Al igual que las participaciones preferentes, constituyen una manera de captar fondos por las entidades emisoras que computan como recursos propios y son determinantes para la calificación de su situación económica, pero son realmente productos de inversión de elevado riesgo que también han sido calificados por la Comisión Nacional del Mercado de Valores como productos complejos. El riesgo y la complejidad de estos dos productos, participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, han determinado que la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en su Guía para la verificación de operaciones de renta fija, haya recomendado que cuando se dirijan al público en general, se entregue al inversor, para garantizar la información, un resumen de las características en formato tríptico que el inversor debe devolver firmado. De todo lo expuesto ha de destacarse finalmente, como conclusión, que tanto las participaciones preferentes como las obligaciones subordinadas, por su naturaleza, sus características, su liquidez y el riesgo que conllevan, no constituyen un instrumento típico de ahorro, sino un producto de inversión. Los ahorradores colocan su dinero en bienes o productos que ofrecen total o casi total garantía de restitución del capital en un breve plazo de tiempo (imposiciones a plazo, fondos garantizados y deuda pública), y los inversores buscan elevados rendimientos arriesgándose a perder parte o incluso la totalidad del capital invertido (acciones cotizadas, fondos no garantizados, participaciones preferentes y obligaciones subordinadas). Lo que ha ocurrido en los últimos años con estos dos últimos tipos de instrumentos es que se distribuyeron por las entidades financieras a ahorradores que pensaban que tenían invertido su dinero en un depósito tradicional, sin ningún tipo de riesgo, y se vieron sorprendidos al descubrir que lo que tenían eran instrumentos de inversión con un elevado riesgo.

**CUARTO.-** En cuanto al régimen jurídico aplicable a contratos como los aquí discutidos resultan de aplicación, en primer término, las normas del Código Civil referidas a los contratos, fundamentalmente a sus elementos esenciales y a las consecuencias de su ausencia ( artículos 1.258 y 1.261 y siguientes), las disposiciones de la Ley 7/1998, de 13 de abril , sobre condiciones generales de la contratación, ya que en el ámbito financiero el contenido de los contratos se encuentra predeterminado por el emisor e incluido en condiciones generales, y además, en tanto el inversor suele ser una persona física o jurídica que no actúa en el ámbito de una actividad profesional o empresarial, también será de aplicación el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios y otras leyes complementarias, la cual establece en su artículo 60. 1 que antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del **consumidor** y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo. Pero la protección minorista no termina en esta fase precontractual con el deber de una adecuada información al potencial cliente con carácter previo a la firma, sino que se completa con la protección que dispensa la ley al **consumidor** de un contrato de adhesión. Por ello, utilizándose de forma generalizada en el sector bancario esta clase de contratos, con condiciones generales que ha de aceptar el cliente si quiere obtener el servicio ofertado, la misma ley impone una serie de requisitos exigibles a las cláusulas no negociadas individualmente: a) concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual; b) accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al **consumidor** y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido; y c) buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas. La complejidad de estos productos y su riesgo conllevan la necesidad de que las entidades que los ofertan sean especialmente diligentes al informar a los **consumidores** sobre sus características, haciéndolo de forma clara y precisa para que puedan prestar su consentimiento sin posibilidad de error alguno. El cumplimiento de esta obligación, que aparece en diversas disposiciones normativas según seguidamente se verá, ha de ser acreditado por la propia entidad bancaria, que dispone de los medios apropiados para ello, siendo inexigible al cliente probar un hecho negativo como sería la ausencia de información veraz y suficiente, en aplicación de los principios de facilidad y disponibilidad probatoria del artículo 217. 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . En el ámbito concreto de los servicios financieros, la actividad de las entidades comercializadoras de estos productos está sujeta a la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, cuyo artículo 1 define su objeto como la regulación de los sistemas españoles de negociación de instrumentos financieros, estableciendo a tal fin los principios de su



organización y funcionamiento y las normas relativas a los instrumentos financieros objeto de su negociación y a los emisores de esos instrumentos. La finalidad de la Ley comprende también la conducta de los que operan en el mercado prestando servicios de inversión y velar por su transparencia, mediante la imposición de obligaciones, conteniendo también normas disciplinarias. La Ley del Mercado de Valores, de 28 de julio de 1988, en su artículo 78 bis, obliga a las empresas de servicios de inversión a clasificar a sus clientes en profesionales y minoristas, definiéndose estos últimos por defecto o exclusión: se considerarán clientes minoristas todos aquellos que no sean profesionales, imponiendo a las entidades obligaciones diferentes en función de dicha clasificación. Asimismo, el Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, que desarrolla parcialmente la citada Ley en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos, realiza una clasificación aún más detallada en sus artículos 38 y 39, al distinguir entre tres clases de inversores en valores negociables: el inversor o cliente minorista, el inversor iniciado o experto y el inversor cualificado. 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, transpuso al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, MIFID, Markets in Financial Instruments Directive, que ha sido desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero. Con la nueva regulación se profundizó en la protección a la clientela a través del incremento y la precisión de las obligaciones de las entidades financieras. El artículo 79, párrafo primero, señala que las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en la Ley y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo. Las obligaciones de información se desarrollan detalladamente en el artículo 79 bis, que establece: Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias. En el caso de valores distintos de acciones emitidos por una entidad de crédito, la información que se entregue a los inversores deberá incluir información adicional para destacar al inversor las diferencias de estos productos y los depósitos bancarios ordinarios en términos de rentabilidad, riesgo y liquidez. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Ahondando más en las obligaciones concretas de información, el citado artículo, en sus apartados 6 y 7, expresa que la empresa de servicios de inversión que asesore, coloque, comercialice o preste cualquier clase de servicio de inversión sobre tales valores complejos debe cumplir las siguientes obligaciones: a) Obligación de obtener 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, y sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquél, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan; b) Deber de abstenerse de recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente minorista cuando la entidad no obtenga la referida información; c) Deber de solicitar al cliente minorista 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; d) Obligación de advertir al cliente que el instrumento financiero no es adecuado para él si, sobre la base de esa información, la entidad así lo considera; e) En caso de que el cliente no proporcione la información requerida o ésta sea insuficiente, la entidad tiene el deber de advertirle de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él. Esta obligación de información es también ampliamente detallada en los artículos 60 y 64 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, que desarrolla la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, que transpuso a nuestro ordenamiento jurídico las previsiones de la Directiva 2004/39/CE, conocida como Directiva MIFID. Mediante esta regulación se introdujeron reglas detalladas para la calificación y clasificación de productos por su comercialización, obligándose a las entidades a realizar un test sobre conocimientos financieros y experiencia del inversor. Con el test de idoneidad se pretende que la entidad cuente con información suficiente sobre el cliente para que le sirva de base para asegurarse de que la recomendación que realiza es la adecuada, tanto para alcanzar los pretendidos objetivos de inversión del cliente como para delimitar el riesgo que es capaz de asumir. En caso de resultar que el instrumento financiero no es idóneo, la entidad debe abstenerse de recomendarlo. El test de conveniencia busca que la entidad se cerciore de que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos



suficientes en relación a un determinado tipo de producto, de forma que comprenda los riesgos; pero si el test es negativo, la norma sólo impone a la entidad la obligación de advertirlo, pudiendo comercializarse el producto si el cliente lo solicita, previa constancia de las advertencias oportunas al mismo. Además, la entidad debe poner a disposición del inversor un tríptico resumen del folleto de la emisión con el fin de informarle sobre los riesgos del producto que va a adquirir, en el que figurarán sus características. En suma, se imponen de forma clara estrictas obligaciones a las entidades comercializadoras en orden a suministrar a sus clientes, de manera conveniente, información de la naturaleza, riesgos, condiciones económicas y demás características de los instrumentos que les ofrecen, exigencia lógica derivada de la innovación de los productos financieros, la asimetría informativa y de conocimiento del mercado entre entidades y clientes, y la aparición de productos complejos propiciada por las exigencias de capitalización de los organismos públicos a las entidades con el fin de garantizar la solvencia y la estabilidad de los mercados.

**QUINTO.-** La nulidad que se solicita por el demandante se basa en un error contractual que se habría producido al haber suscrito participaciones preferentes, cuando lo que creía haber contratado era un depósito tradicional. Según el artículo 1261 del Código Civil no hay contrato sino cuando concurren tres elementos: consentimiento, objeto y causa. Respecto del consentimiento, el artículo 1.265 lo declara nulo cuando, entre otras causas, ha sido prestado por error; pero no todo error determina la nulidad de un contrato, pues para que invalide el consentimiento y dé lugar a la nulidad, el artículo 1.266 exige que deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error constituye un falso conocimiento de la realidad, y para que pueda provocar la nulidad del contrato debe reunir los requisitos siguientes: que sea sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga y se refiera a las cualidades esenciales de la cosa, no pudiendo constituir este vicio el mero error de cálculo o de las previsiones negociales; que no sea imputable al que lo padece, ni haberse podido evitar mediante el empleo de una diligencia media o regular, teniendo en cuenta la condición de las personas; y que quede suficientemente acreditado en las actuaciones como cuestión de hecho. Respecto de la exigencia de diligencia, desde hace años ya existe jurisprudencia asentada que especifica que, en términos generales, se utiliza el criterio de imputabilidad del error a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que 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 que la diligencia se aprecia, además, teniendo en cuenta las condiciones de las personas, debiendo exigirse mayor diligencia a un profesional o a un experto que a una persona inexperta en negociaciones con un experto. A la vista de lo expuesto es preciso analizar seguidamente si los actores prestaron verdadero consentimiento a la suscripción de participaciones preferentes, o si realmente, como mantienen, en ningún momento fueron informados de esos productos, creyendo, erróneamente, que contrataban meros depósitos tradicionales.

Pues bien los demandantes adquirieron participaciones preferentes de la entidad Caixanova y obligaciones subordinadas de la entidad Caixagalicia, por un valor nominal de 291.600 euros, siendo preciso examinar si los mismos actuaron suficientemente informados y prestaron su consentimiento sabiendo con exactitud qué era lo que contrataban, partiendo de que para ello era preciso que la entidad les suministrase información clara y comprensible sobre las características de los productos y del riesgo que asumían en la operación, correspondiendo a la misma la prueba de tal extremo. La cuestión debatida exige examinar tres puntos estrechamente vinculados: la naturaleza y características de los títulos objeto de los contratos, su complejidad o sencillez; el perfil de los compradores, esto es, su formación y experiencia en materia económica y financiera; y la actuación de la entidad en orden a ofrecer a sus clientes la información adecuada para que, atendidas las circunstancias, tuviesen pleno conocimiento de los productos y de las consecuencias de la suscripción. Sobre el tipo de productos contratados ya se ha señalado que las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas son productos complejos, definiéndose por la doctrina especializada como un activo de renta fija o variable privada, no acumulativa, condicionada, de carácter perpetuo en el caso de las primeras, amortizable anticipadamente, subordinado y carente de derechos políticos. Y ese carácter complejo determina las obligaciones de información clara, imparcial y no engañosa que se impone por la normativa sectorial, a las empresas de servicios de inversión que comercialicen estos productos. En relación al perfil de los clientes se indica en la demanda que se trata de personas mayores sin formación y conocimientos en materia bancaria en general y sobre los productos de inversión en particular. En la fecha de las suscripciones ya se había incorporado al ordenamiento jurídico español la normativa Mifid y, por ello, la entidad estaba obligada a realizar a los inversores el correspondiente test de conveniencia para garantizar que disponían de los conocimientos y la experiencia necesaria en el ámbito financiero para comprender el tipo de producto ofrecido, y de idoneidad, que trata de definir el perfil de riesgo que están dispuestos a asumir en relación a su experiencia, conocimientos y situación financiera. En este caso, en el momento de las contrataciones no se realizaron con los actores las correspondientes evaluaciones, apareciendo únicamente en autos un test de conveniencia realizado a Don Juan Alberto , más de un año después de la primera contratación, por lo que no puede con ello entenderse cumplida la obligación de la entidad de investigar sobre el nivel de formación de los clientes para prestarles el



asesoramiento adecuado. En el test también se establece que el máximo nivel de riesgo conveniente al actor es el de los productos de riesgo medio, incluyéndose entre ellos las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas, lo que según se ha señalado es totalmente erróneo, debiendo calificarse los mismos como productos de elevado riesgo. La entidad demanda mantiene que en la cuenta de valores de los actores figuran autorizadas otras dos personas, entre ellas, un hijo de los mismos que era el encargado de gestionar todo el patrimonio con la asistencia de asesores de banca privada, el cual era totalmente consciente de lo que estaba contratando. Con independencia de que aquí se trata de valorar la capacidad de los demandantes para prestar válidamente su consentimiento en la realización de tres operaciones determinadas, si realmente las mismas se formalizaron a través de ese representante la propia entidad tendría que acreditar que el mismo fue debidamente informado sobre los productos adquiridos, lo que no ha hecho limitándose a alegar que al mismo se le realizaron los test oportunos sin haberlos aportado al procedimiento. Pese a que los actores tienen un elevado patrimonio que fue gestionado a través de banca privada, invirtiendo en productos diferentes, diversificando sectorial y geográficamente sus inversiones, diluyendo la probabilidad de pérdidas y evitando la concentración de riesgos, los empleados de la entidad que declararon en el juicio, al no haber hecho averiguaciones sobre el perfil de los clientes, realmente no han podido catalogarlos y, el perito designado por los actores Don Justiniano, analizando la trayectoria inversionista de los mismos, llegó a la conclusión de que responden a una tipología de inversores prudentes, con objetivos de salvaguarda patrimonial, con capacidad de asunción de riesgo moderada, y alta preferencia por la liquidez, para los que no eran adecuados los productos ofertados, de alto riesgo; conclusión que no ha sido desvirtuada por la parte demandada. En esta situación para la contratación de los productos por parte de los actores resultaba determinante la información y el asesoramiento recibido de los empleados de la entidad de la que eran clientes, pues nada hace pensar que por su propia voluntad, pudiera comprar participaciones preferentes u obligaciones subordinadas. Los demandantes afirman que eran clientes de la entidad demandada, concretamente de la oficina sita en Vilamartín de Valdeorras, manteniendo una estrecha relación de amistad con el director de la entidad, Don Segundo que les ofreció los productos, que ha declarado, además de manifestar que los test realizados venían ya cubiertos desde la sección de banca privada, desconociendo si se realizaban las preguntas por teléfono, firmándose después en el propio domicilio de los actores, que los titulares de las cuentas eran los actores y que el hijo estaba solamente autorizado, que las obligaciones subordinadas y las participaciones preferentes no se consideraban productos de riesgo alto por la entidad, que no sabía cómo se calificó a los clientes y que, en todo caso, no se les explicó que era el mercado AIAF, ni que los productos era perpetuos, que no se podían rescatar y que los actores pasaban a convertirse en acreedores forzosos de la entidad. Por su parte el responsable de la red de banca privada a nivel nacional declaró que no tenía conocimientos para catalogar a los actores y que, al igual que el anterior, el banco consideraba los productos de riesgo medio. Finalmente, el director territorial de banca privada reconoció que el actor era una "persona que se dejaba asesorar", esto es, que seguía las indicaciones y consejos de los asesores que se le asignaron, mostrando vacilaciones a la hora de calificar el riesgo de las inversiones que le propuso. La única información que consta que se hubiera ofrecido a los actores es la que les dio el director de la sucursal, que es una información vaga y errónea o engañosa sobre la naturaleza de los valores que se comercializaban sin que conste que esa información fuese desmentida o, cuando menos puesta en tela de juicio mediante la documentación explicativa que les permitiera una mínima reflexión. No existe constancia de que se entregara a los demandantes información por escrito sobre el significado, la naturaleza, las características, los riesgos y posibles efectos que la evolución económica pudiera tener sobre los productos adquiridos. Únicamente se han aportado las órdenes de valores suscritas solo por el esposo en las que además de las menciones relativas a la identificación del ordenante, número de cuenta asociada, denominación y valor unitario de los títulos adquiridos, importe nominal y fecha límite, se realizan una serie de menciones que, en absoluto cumplen la finalidad de información y asesoramiento al inversor a que la entidad venía obligada. En las órdenes se alude a que el cliente manifiesta haber recibido el folleto informativo de la emisión y que ha sido debidamente informado con antelación a la formalización de su categoría como cliente. Mediante la inclusión en los contratos que suscriben los **consumidores**, los clientes bancarios o inversores minoristas de manifestaciones formales de haber sido debidamente informados, solo se pretende por la entidad bancaria obtener prueba documental de haber dado cumplimiento a sus obligaciones legales de información, al corresponderle la prueba al efecto. Pero la inserción de la cláusula que contiene una declaración de ciencia en los contratos, no significa que se hubiera proporcionado realmente esa información, no es una presunción "iuris et de iure", debiendo entenderse que las declaraciones de ciencia o de saber general constituyen una presunción de correspondencia con la realidad que puede ser desvirtuada mediante la correspondiente actividad probatoria desplegada en el proceso. Y en este caso esa declaración de ciencia no aparece corroborada por ningún medio probatorio.

En relación al folleto informativo de la emisión que dice haber entregado la información que en el mismo se contiene no cumple los requisitos exigidos en la normativa mencionada, teniéndose en cuenta que se trata de clientes minoristas sin conocimientos financieros. No se destaca que se trata de un producto no cubierto por





el Fondo de Garantía de Depósito, aunque se indique que no se trata de un depósito bancario; no se aclara que aunque se hable de participaciones preferentes, no otorgan ningún privilegio al cliente, son acreedores que se sitúan por detrás de los acreedores comunes y subordinados de la entidad; la terminología que emplea es muy técnica, inadecuada para un cliente minorista y no permite conocer las condiciones en que el mismo puede obtener beneficios que se condicionan a su propia existencia y a la normativa bancaria sobre recursos propios, al no explicar qué se entiende por beneficio distribuible; no habiéndose informado de forma clara del nivel de solvencia de la entidad y de la posibilidad, en los años siguientes a la contratación de obtener beneficios, para según ello poder decidir de forma informada sobre la conveniencia del producto; no se explica, ni de una forma somera, el funcionamiento del mercado de la A.I.A.F., al que se alude para referirse al riesgo de liquidez y cotización, ocultando que la forma habitual de venta del producto era un mercado interno entre los propios clientes de la entidad, de forma que cuando un cliente trataba de vender sus participaciones preferentes se ofrecían a otro que intentaba comprar, lo que da lugar a un altísimo riesgo de iliquidez, lo que unido a su carácter perpetuo, puede producir que el cliente no tenga oportunidad de recuperar lo invertido. Por tanto, la parcial información contenida en el folleto tampoco podía clarificar a los demandantes la naturaleza del producto.

Alega también la entidad para justificar que los demandantes tenían conocimiento del riesgo de la operación que los extractos periódicamente recibidos relativos a los productos, sin ninguna protesta, reclamación o reparo por su parte, demostrarían claramente la aceptación y el consentimiento prestado de manera válida y que desde el momento de las suscripciones hasta la fecha de presentación de la demanda vinieron cobrando los correspondientes intereses sin objeción alguna, pretendiendo anular los contratos sólo cuando los productos dejaron de ser interesantes a efectos de rentabilidad. Dicho argumento, sin embargo, no invalida la teoría del error en el consentimiento que alegan los actores pues el hecho de que no hubieran formulado protesta mientras recibía rendimientos de los productos no impide considerar que existía la creencia de que dicha rentabilidad derivaba del contrato de depósito que consideraba haber suscrito, dado que todo contrato por el que se deposita una cantidad en una entidad financiera tiene su causa en la obtención, por parte del depositante, de un beneficio, mayor o menor, pero beneficio al fin.

De todo lo expuesto ha de concluirse que los actores prestaron su consentimiento a la suscripción de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas sin tener un pleno y cabal conocimiento de las características y los riesgos de los productos que contrataban, toda vez que la entidad demandada incumpliendo las obligaciones normativas impuestas en este tipo de operaciones, no les proporcionó una información clara, comprensiva y completa sobre su naturaleza y características, y ese error, inducido por la propia demandada, cuyo personal le ofreció y comercializó un producto complejo, de liquidez incierta y gran riesgo, sin informarles de la verdadera naturaleza del producto, ha de considerarse esencial en los términos del artículo 1266 del Código Civil, y determina la nulidad absoluta del consentimiento prestado. Conforme al artículo 1265 del propio texto legal. Y esa falta absoluta de consentimiento, al ser ésta requisito esencial del contrato según el artículo 1261.1º del CC conlleva la inexistencia o nulidad absoluta de los contratos aquí discutidos.

Por tanto, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil, declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia de contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes. Esto supone que la entidad demandada debe restituir a Don Juan Alberto y Doña Rosalia la cantidad de 291.600 euros, más los intereses que produjeron dichas cantidades, a lo que se refiere el citado precepto al hablar de los frutos y el precio con los intereses. Y es que resulta necesario diferenciar los intereses contemplados en el artículo 1.303 del Código Civil, establecidos como consecuencia directa e inmediata de la retroactividad contemplada en el artículo citado, de los intereses del artículo 1.108 del texto sustantivo. Así lo manifestó el Tribunal Supremo en la Sentencia de 23 de noviembre de 2011, donde reconoce que los intereses del artículo 1.303 no requieren petición expresa del acreedor por ser consecuencia necesaria de la declaración de nulidad, declarando que los intereses moratorios han de ser solicitados por las partes, de modo que no pueden los tribunales condenar a su pago de oficio sin incurrir en incongruencia. Por el contrario, para hacer efectivas las consecuencias restitutorias de la declaración de ineficacia de un contrato ejecutado íntegramente o en parte, y para impedir, en todo caso, que queden a beneficio de uno de los contratantes las prestaciones que del otro hubiera recibido, con un evidente enriquecimiento sin causa, la jurisprudencia ( Sentencias 105/1990, de 24 de febrero; 120/1992, de 11 de febrero; 81/2003, de 11 de febrero; 812/2005, de 27 de octubre; 934/2005, de 22 de noviembre; 473/2006, de 22 de mayo; entre otras) considera innecesaria la petición expresa del acreedor para imponer la restitución de las prestaciones realizadas, con inclusión de sus rendimientos, en cumplimiento del principio "iura novit curia" y sin incurrir en incongruencia, al considerar que se trata de una consecuencia directa e inmediata de la norma que atribuye retroactividad al efecto liberatorio derivado de la declaración de ineficacia. Añade esta Sentencia que no siempre los intereses constituyen el objeto de una prestación indemnizatoria; antes bien, en ocasiones se consideran frutos o rendimientos de un capital a los que,



por virtud de la presunción de productividad de éste, tiene derecho el acreedor, en aplicación de las reglas sobre la restitución integral de las prestaciones realizadas en cumplimiento de los contratos declarados ineficaces y, al fin, sobre la interdicción del enriquecimiento sin causa. Por esta razón son los intereses contemplados en el artículo 1.303 los concedidos a la parte actora, computándose desde las fechas de celebración de los contratos, tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2012 : los efectos de la resolución del contrato se producen desde el momento en que se celebró, por tanto, con efectos retroactivos. La Sentencia del Tribunal Supremo 315/2011, de 4 de julio , aplica la doctrina del efecto retroactivo de la resolución contractual, lo que supone que ésta tiene lugar no desde el momento de la extinción de la relación, sino desde la celebración del contrato, lo que implica volver al estado jurídico preexistente al mismo, con obligación de cada parte de restituir las cosas o prestaciones que hubiera recibido. Esto es así porque la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos producidos, como se halla establecido en el artículo 1.295 del Código Civil para el caso de rescisión, precepto al que expresamente se remite el artículo 1.124 del texto sustantivo, que, como se ha dicho, ha de entenderse aplicable a la resolución del contrato de compraventa de inmuebles, y también en los artículos 1.123 y 1.303 para el caso de nulidad. Igual que ocurre con la entidad demandada, los demandantes también debe restituir las cosas que hubiesen sido materia del contrato, lo que se traduce en la obligación de los mismos de devolver lo que hubiera recibido en concepto de intereses obtenidos por los productos financieros cuya contratación ahora se declara nula, más los intereses devengados por los rendimientos obtenidos desde la fecha de su devengo, debiendo únicamente en tal sentido estimarse el recurso de apelación interpuesto, confirmándose la resolución recurrida en todo lo demás.

**SEXTA.-** Impugna la entidad el pronunciamiento relativo a las costas de primera instancia manteniendo que la sentencia estimó parcialmente la demanda pues, aunque no exista pronunciamiento expreso al respecto no se declaró la nulidad de los contratos de depósito y administración de valores y de gestión de cartera ni se estimó la existencia de causa torpe con la consecuencia de eximir a los actores de devolver los rendimientos obtenidos. Y ciertamente ha incurrido la sentencia en incongruencia omisiva al no efectuar pronunciamiento alguno sobre tales extremos, que implícitamente rechaza y no han sido objeto de recurso de apelación, por lo que tales pronunciamientos han de ser mantenidos. Ahora bien, rechazándose tales pretensiones no puede considerarse que nos hallemos en el supuesto de una estimación sustancial sino de una estimación parcial de la demanda, por lo que conforme a lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , es procedente no hacer expreso pronunciamiento en costas, revocándose en tal sentido la resolución apelada, y consecuentemente, estimándose parcialmente el recurso de apelación interpuesto, tampoco se hace expreso pronunciamiento en relación a las costas causadas en esta alzada.

Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente

#### **FALLO:**

Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de NCG BANCO SA contra la sentencia dictada el 15 de mayo de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de O Barco de Valdeorras , en autos de Juicio Ordinario nº 252/13, rollo de sala 351/14, que se revoca en el sentido de imponer a los actores la obligación de restituir a la entidad bancaria, además, los intereses legales devengados por los rendimientos obtenidos de los productos adquiridos, sin hacer expreso pronunciamiento en relación a las costas causadas en primera instancia ni en la presente apelación.

Se decreta la devolución del depósito constituido para recurrir.

Contra la presente resolución, podrán las partes legitimadas optar, **en su caso**, por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional, en el plazo de veinte días siguientes al de su **no** tificación ante esta Audiencia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.