



Roj: **SAP PO 994/2015 - ECLI:ES:APPO:2015:994**

Id Cendoj: **36057370062015100214**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vigo**

Sección: **6**

Fecha: **18/05/2015**

Nº de Recurso: **254/2014**

Nº de Resolución: **218/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JULIO CESAR PICATOSTE BOBILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

PONTEVEDRA , sede Vigo

SENTENCIA: 00218 /2015

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

Telf.: 986817388-986817389 - Fax: 986817387

N.I.G. 36057 42 1 2013 0007974

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000254 /2014

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 6 de VIGO

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000441 /2013

Apelante: NOVAGALICIA BANCO S.A.

Procurador: JOSE GONZALEZ-PUELLES CASAL

Abogado: ADRIAN DUPUY LOPEZ

Apelado: Artemio , Eulalia

Procurador: M^a VICTORIA BARROS ESTEVEZ, M^a VICTORIA BARROS ESTEVEZ

Abogado: MARIA ANGELES FERNANDEZ BERCEUERO, MARIA ANGELES FERNANDEZ BERCEUERO

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

EN NOMBRE DEL REY

La siguiente

SENTENCIA núm. 218

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

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sede Vigo, los autos de Juicio Ordinario número 441/2013, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 6 DE VIGO, a los que ha correspondido el núm. de Rollo de apelación 254/2014, en los que es parte **apelante** : la entidad demandada "NCG BANCO, S.A.", representada por el Procurador don José González-Puelles Casal, con la dirección el Letrado don Adrian Dupuy López; y, **apelada** : los demandantes DOÑA Eulalia y DON Artemio , representados por la Procuradora doña Victoria Barros Estévez, con la dirección de la Letrada doña Ángeles Fernández Berceuro.

Ha sido Ponente el Ilmo. Magistrado DON JULIO PICATOSTE BOBILLO, quien expresa el parecer de la Sala.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 6 de Vigo, se dictó sentencia con fecha 19 de febrero de 2014, en el procedimiento del que dimana este recurso, cuyo fallo textualmente dice:

" Que estimando la demanda promovida por D. Artemio y DÑA. Eulalia debo declarar y declaro la nulidad del contrato de depósito y administración de valores de 26 de noviembre de 2003 y las órdenes de compra de Participaciones Preferentes Caixaanova Em. 29/12/2003 de 26 de noviembre de 2003 y 19 de enero de 2004 condenando a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración y a la devolución del nominal de 157.200€; entregados para su compra más los intereses legales desde la fecha de la respectiva entrega y con deducción de la cantidad percibida por la demandante a título de rendimiento del capital invertido.

Procede la condena en costas de la demandada ."

En la misma fecha, 19 de febrero de 2014, se dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Adicionar a la Sentencia de fecha 19-febrero-2014, que la misma ha sido dictada en el PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 441- 2013"

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la entidad "NCG BANCO, S.A.", que fue admitido a trámite y, conferido el oportuno traslado, se formuló oposición al mismo por la parte contraria.

Cumplimentados los trámites legales y elevadas las actuaciones a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, personándose las partes en legal forma. Se señaló el día 7 de mayo para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

TERCERO.- Por la parte recurrente se ha efectuado el depósito para recurrir exigido por la Disposición Adicional 15ª de Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO - *Los términos de la litis.*-

Los demandantes, don Artemio y doña Eulalia, formulan demanda contra Novagalicia Banco S.A. en la que ejercitan acción de nulidad del contrato de depósito y administración de valores número NUM000, de la orden de valores número 67.877, denominación Part. Preferentes Caixa Galicia Preferentes, S.A. EM 29-12-2003 y de la orden de valores número 84393, denominación Part. Preferentes Caixa Galicia Preferentes S.A. EM 29-12-2003, condenando a la entidad demandada a devolver a los demandantes la suma de 150.000 euros y la suma de 7.200 euros, así como la cifra de 31.887,60 euros en concepto de diferencia a su favor de los intereses cobrados y el interés legal que correspondía cobrar desde la fecha de suscripción de las órdenes, más intereses legales desde la fecha de la demanda.

Se basa la pretensión en la nulidad del contrato por error en el consentimiento de los demandantes - de 73 y 68 años- al no haber proporcionado información suficiente, comprensible y clara, dado que aquellos, por su elemental formación, son desconocedores del mundo y operaciones financieras, que actuaron enteramente confiados en el director de la entidad bancaria de la que son "clientes de toda la vida."

La sentencia de instancia estima la demanda y contra tal pronunciamiento se alza la entidad Novagalicia Banco S.A..

SEGUNDO.- *Las participaciones preferentes .-*

En sentencia de esta Sala de 23 de febrero de 2015 decíamos:

"1. Respecto de la naturaleza y características de las participaciones preferentes, en nuestras sentencias de 27 de noviembre de 2014 y 2 de febrero de 2015, remitíamos a la sentencia de 4 de abril de 2014, de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Asturias, en la que se expone con toda claridad y exhaustividad: "Las participaciones preferentes se encuentran reguladas en la Ley 13/1985 de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros. En el artículo 7 de dicha Ley 13/1985 se establece que las participaciones preferentes constituyen recursos propios de las entidades de crédito. Las participaciones preferentes cumplen una función financiera de la entidad y computan como recursos propios, por lo que el dinero que se invierte en participaciones preferentes no constituye un pasivo en el balance de la entidad. El valor nominal de la participación preferente no es una deuda del emisor, por lo que el titular de la misma no tiene derecho de crédito frente a la entidad, no pudiendo exigir el pago. La



consecuencia de ello es que el riesgo del titular de la participación preferente es semejante, aunque no igual, al del titular de una acción. En la Disposición Adicional Segunda de esta ley se regulan los requisitos para la computabilidad de las participaciones preferentes como recursos propios. Esta Disposición Adicional Segunda fue redactada por el apartado diez del artículo primero de la Ley 6/2011, de 11 de abril, por la que se transpone a nuestro Derecho la Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por la que se modificó la Ley 13/1985, la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de valores y el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas.

La Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, no califica la participación preferente como instrumento de deuda, sino como instrumento de capital híbrido al que se ha de aplicar el mismo tratamiento contable y financiero que reciben los recursos propios de la entidad de crédito emisora, de ahí que una primera aproximación a esta figura nos lleva a definirla como un producto financiero que presenta altos niveles de riesgo y complejidad en su estructura y condiciones, como así se reconoce en la exposición de motivos del Real Decreto Legislativo 24/2012 de reestructuración y resolución de entidades de crédito. En la misma línea el Banco de España las define como un instrumento financiero emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija (condicionada a la obtención de beneficios) y cuya duración es perpetua, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor (en el caso de las entidades de crédito, el Banco de España). En la meritada Disposición se desarrollan los requisitos de emisión de las participaciones preferentes y se señala como características de las mismas que no otorgan a sus titulares derechos políticos, salvo supuestos excepcionales, y que no otorgan derechos de suscripción preferente respecto de futuras nuevas emisiones. Otra característica de las participaciones preferentes es que tienen carácter perpetuo, aunque el emisor puede acordar la amortización anticipada a partir del quinto año desde su fecha de desembolso, previa autorización del Banco de España, que sólo la concederá si no se ve afectada la situación financiera, ni la solvencia de la entidad de crédito, o de su grupo o subgrupo consolidable. También se establece que el Banco de España puede condicionar su autorización a que la entidad sustituya las participaciones preferentes amortizadas por elementos de capital computables de igual o superior calidad. Otra característica de las participaciones preferentes es que cotizan en los mercados secundarios organizados y que, en los supuestos de liquidación o disolución, u otros que den lugar a la aplicación de las prioridades contempladas en el Código de Comercio, 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, que no hubiera sido objeto de cancelación, situándose, 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 del grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito y delante de los accionistas ordinarios y, en su caso, de los cuotapartícipes.

Se ha indicado anteriormente que en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985 se establecen las características principales de las participaciones preferentes. No se atribuye al titular de las mismas un derecho a la restitución de su valor nominal, por lo que es un valor perpetuo y sin vencimiento, indicándose expresamente en la letra b) de la Disposición Adicional Segunda que en los supuestos de emisiones realizadas por una sociedad filial de las previstas en la letra a), los recursos obtenidos deberán estar invertidos en su totalidad, descontando gastos de emisión y gestión, y de forma permanente, en la entidad de crédito dominante de la filial emisora, de manera que queden directamente afectos a los riesgos y situación financiera de dicha entidad de crédito dominante y de la de su grupo o subgrupo consolidable al que pertenece, de acuerdo con lo que se indica en las letras siguientes. En relación a la rentabilidad de la participación preferente se infiere que el pago de la remuneración estará condicionado a la existencia de beneficios o reservas distribuibles en la entidad de crédito emisora o dominante. También ha de mencionarse que la liquidez de la participación preferente sólo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario, por lo que en supuestos de ausencia de rentabilidad hace difícil que se produzca la referida liquidez.

El art. 72 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, establece que a los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis 6 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que presten el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras deberán obtener de sus clientes, incluidos los potenciales, la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse, o que debe realizarse al prestar el servicio de gestión de cartera".

2. 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. Esta complejidad contractual se ve avalada por lo dispuesto en el actual art. 79 bis i. f) de la Ley del Mercado de Valores, tras la reforma operada por la Ley 47/2007 para incorporar la Directiva 2004/39/CE [MIFID]), donde se califica a los instrumentos financieros señalados en los apartados 2 a 8 del art. 2 de la Ley de Mercado de Valores como "productos complejos" en contraposición a los productos no complejos (ejemplo, acciones y obligaciones que no incorporen derivados). De manera que la complejidad la afirman las propias previsiones legales.

También en sentencia de esta Sala de 27 de noviembre de 2014, y a propósito de la caracterización de la figura indicada, añadíamos:

"La Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, no califica la participación preferente como instrumento de deuda, sino como instrumento de capital híbrido al que se ha de aplicar el mismo tratamiento contable y financiero que reciben los recursos propios de la entidad de crédito emisora, de ahí que una primera aproximación a esta figura nos lleva a definirla como un producto financiero que presenta altos niveles de riesgo y complejidad en su estructura y condiciones, como así se reconoce en la exposición de motivos del Real Decreto Legislativo 24/2012 de reestructuración y resolución de entidades de crédito. En la misma línea el Banco de España las define como un instrumento financiero emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija (condicionada a la obtención de beneficios) y cuya duración es perpetua, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor (en el caso de las entidades de crédito, el Banco de España). En la meritada Disposición se desarrollan los requisitos de emisión de las participaciones preferentes y se señala como características de las mismas que no otorgan a sus titulares derechos políticos, salvo supuestos excepcionales, y que no otorgan derechos de suscripción preferente respecto de futuras nuevas emisiones. Otra característica de las participaciones preferentes es que tienen carácter perpetuo, aunque el emisor puede acordar la amortización anticipada a partir del quinto año desde su fecha de desembolso, previa autorización del Banco de España, que sólo la concederá si no se ve afectada la situación financiera, ni la solvencia de la entidad de crédito, o de su grupo o subgrupo consolidable. También se establece que el Banco de España puede condicionar su autorización a que la entidad sustituya las participaciones preferentes amortizadas por elementos de capital computables de igual o superior calidad. Otra característica de las participaciones preferentes es que cotizan en los mercados secundarios organizados y que, en los supuestos de liquidación o disolución, u otros que den lugar a la aplicación de las prioridades contempladas en el Código de Comercio, 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, que no hubiera sido objeto de cancelación, situándose, 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 del grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito y delante de los accionistas ordinarios y, en su caso, de los cuotapartícipes.

Se ha indicado anteriormente que en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985 se establecen las características principales de las participaciones preferentes. No se atribuye al titular de las mismas un derecho a la restitución de su valor nominal, por lo que es un valor perpetuo y sin vencimiento, indicándose expresamente en la letra b) de la Disposición Adicional Segunda que en los supuestos de emisiones realizadas por una sociedad filial de las previstas en la letra a), los recursos obtenidos deberán estar invertidos en su totalidad, descontando gastos de emisión y gestión, y de forma permanente, en la entidad de crédito dominante de la filial emisora, de manera que queden directamente afectos a los riesgos y situación financiera de dicha entidad de crédito dominante y de la de su grupo o subgrupo consolidable al que pertenece, de acuerdo con lo que se indica en las letras siguientes. En relación a la rentabilidad de la participación preferente se infiere que el pago de la remuneración estará condicionado a la existencia de beneficios o reservas distribuibles en la entidad de crédito emisora o dominante. También ha de mencionarse que la liquidez de la participación preferente sólo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario, por lo que en supuestos de ausencia de rentabilidad hace difícil que se produzca la referida liquidez."

Por su parte, la STS de 8 de septiembre de 2014 dice 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."

Se trata, en definitiva, de un instrumento o mecanismo de financiación de la entidad mediante la compra un título de escasa liquidez y alto riesgo, sin que el tenedor de las acciones disfrute de los derechos sociales que otorga la Ley al que lo es de acciones de una sociedad.

La Comisión del Mercado de Valores define este producto como "valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada. Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido.... Las PPR no cotizan en Bolsa. Se negocian en un mercado organizado...No obstante, su liquidez es limitada, por lo que no siempre es fácil deshacer la inversión..."

La SAP de Madrid, Sección 11ª, de 17-1-2014 sintetiza las notas características de las acciones preferentes y señala como tales las siguientes: 1. No otorga a sus titulares derechos políticos o derecho de voto. 2. No otorgan derecho de suscripción preferente respecto de futuras emisiones. 3. La propia denominación no expresa su esencia, es confusa, y, como tal, no es casual, por cuanto que otra expresión podría haber alertado a los inversores. 4. No son depósitos ni están cubiertos por el fondo de garantía de depósitos. 5. Su plazo es ilimitado, tienen carácter perpetuo, normalmente el emisor se reserva el derecho a amortizarlas. 6. Sirven para incrementar los recursos propios básicos a un coste, en general, muy por debajo del ROE ("return on Equity", beneficio después de impuestos/fondos propios).

Sin duda alguna, como dice la SAP de Córdoba de 30 de enero de 2013

"las participaciones preferentes constituyen un producto complejo de difícil seguimiento de su rentabilidad y que cotiza en el mercado secundario, lo que implica para el cliente mayores dificultades para conocer el resultado de su inversión y para proceder a su venta, y, correlativamente, incrementa la obligación exigible al banco sobre las vicisitudes que puedan rodear la inversión."

TERCERO - *No hay caducidad.*

La entidad demandada insiste en esta segunda instancia en la caducidad de la acción con base en el art. 1301 del CC .

En las "Conclusiones de los magistrados y magistradas de las Audiencias Provinciales de Galicia, en las jornadas sobre participaciones preferentes y deuda subordinada celebradas el Santiago de Compostela el 4 diciembre 2013", en relación con la cuestión de la caducidad de la acción de nulidad se acordó que "el dies a quo del cómputo del plazo del ejercicio de la acción de anulabilidad no comienza desde la suscripción del contrato, pues el art. 1301 del CC habla de consumación y no de perfección, que son conceptos doctrinal y jurisprudencialmente distintos. Al hallarnos ante contratos de duración perpetua, existiendo de forma continuada en el tiempo obligaciones pendientes de cumplimiento, para la determinación del *dies a quo* del comienzo del cómputo del plazo del ejercicio de la acción correspondiente, debe acudir principalmente a lo dispuesto en el art. 1969 CC , y, por lo tanto, fijar el comienzo del plazo desde que se tiene conocimiento de la existencia del error."

En esencia, este criterio viene a ser corroborado por el que recientemente ha establecido la STS de 15 de enero de 2015 ; el interés de la doctrina allí sentada justifica la cita que por extenso hacemos de la mentada resolución; se dice en ella:

"De acuerdo con lo dispuesto en el art. 1301 del Código Civil , « [!]a acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: [...] En los [casos] de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato [...] ».

Como primera cuestión, el día inicial del cómputo del plazo de ejercicio de la acción no es el de la perfección del contrato, como sostiene la sentencia del Juzgado de Primera Instancia (y no corrige adecuadamente la de la Audiencia) al afirmar que « la consumación del contrato vendrá determinada por el concurso de las voluntades de ambos contratantes ».

No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil , con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio , que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce « la realización de todas las obligaciones » (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897 , 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), « cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes » (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o



cuando « se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó » (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983).

Y respecto de los contratos de tracto sucesivo, declara la citada sentencia núm. 569/2003 :

« Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó 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 sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó" ».

4.- El diccionario de la Real Academia de la Lengua establece como una de las acepciones del término "consumar" la de « ejecutar o dar cumplimiento a un contrato o a otro acto jurídico ». La noción de "consumación del contrato" que se utiliza en el precepto en cuestión ha de interpretarse buscando un equilibrio entre la seguridad jurídica que aconseja que la situación de eficacia claudicante que supone el vicio del consentimiento determinante de la nulidad no se prolongue indefinidamente, y la protección del contratante afectado por el vicio del consentimiento. No basta la perfección del contrato, es precisa la consumación para que se inicie el plazo de ejercicio de la acción.

Se exige con ello una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, situación en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad. Y además, al haberse alcanzado esta definitiva configuración, se posibilita que el contratante legitimado, mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento, lo que no ocurriría con la mera perfección del contrato que se produce por la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes.

5.- Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a « la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas », tal como establece el art. 3 del Código Civil . (...)

La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error."

En el caso que enjuiciamos, celebrado el contrato en noviembre de 2003 y enero de 2004, podemos entender que los demandantes se percatan de la entidad real de lo contratado cuando acuden a la entidad bancaria con propósito de obtener la restitución del dinero para ayudar a un hijo en la adquisición de la vivienda; la respuesta que obtienen de la oficina es interminablemente dilatoria, animándoles a la espera de un momento que no llega. En cualquier caso, hemos de situar como fecha cierta y segura la de la carta remitida por el Sr. Artemio a la entidad demandada el 17 de octubre de 2012 en la que se hace referencia a una reclamación



realizada en agosto. Es evidente que, formulada la demanda el 13 de junio de 2013, se está muy lejos del plazo de caducidad de los cuatro años que establece el art. 1301 del CC .

Lo dicho hasta aquí sirve para descartar también la invicada aplicación de la doctrina del de retraso desleal en el ejercicio del derecho. No puede darse tal conducta desde el momento en que se advierte el tiempo transcurrido desde el momento en que la parte toma conciencia de su error y la formulación de la demanda. No hay retraso, ni abandono ni voluntaria dejación del derecho imputable a los demandantes. Si falta este presupuesto, no cabe plantear el retraso desleal en el ejercicio del derecho.

CUARTO.- Perfil y condición de los demandantes.-

Ya quedó reseñado más arriba que los demandantes, marido y mujer, tienen 73 y 68 años respectivamente. Su formación y nivel cultural elemental hace evidente la carencia de conocimientos y hábitos financieros. Siendo clientes de muchos años de la entidad bancaria demandada, no se les conocen inversiones en productos siquiera de mínima complejidad; como bien dicen en la carta antes citada de 17 de octubre de 2012, no conocen de otros productos "que no sean los tradicionales". Ambos demandantes son, sin duda alguna, minoristas, además de **consumidores**, según el concepto que se contiene en el art. 3 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre . En estos casos, la realidad diaria nos pone de manifiesto un dato de experiencia común, y es que la falta de instrucción y el desconocimiento se sustituyen por la confianza en el consejo de la entidad bancaria con la que los clientes vienen trabajando a lo largo de muchos años y, en particular, en las indicaciones de su director.

Es difícil comprender cómo se puede elegir a unos clientes de esta condición y perfil, cuyo interés primordial es el del ahorro razonablemente productivo y la inversión netamente conservadora - y no el de la exposición de su patrimonio dinerario a graves riesgos- para sugerirles inversiones de esta naturaleza cuya complejidad viene reconocida por la normativa sectorial como el art. 2.1-h) de la LMV o la Directiva 2009/111/CE del parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, y también por los tribunales (ej. SS.AA.PP. de Barcelona, Secc.17ª, de 30 de enero de 2014 , Madrid, Secc.18, de 27 de marzo de 2014 , o Asturias, Secc.5ª de 15 de marzo de 2013 , entre otras muchas).

QUINTO.- El deber de información a cargo de la entidad financiera.-

Hemos de recordar que, desde un planteamiento general, y al margen de las exigencias de la normativa sectorial, el derecho de información forma parte de los derechos básicos del **consumidor**. Así lo reconocía el art. 2-d) de la Ley 26/1984, de 19 de julio , y lo reitera el art. 8-d) del Texto Refundido aprobado por el RDL 1/2007 de 16 de noviembre .

Por su parte, el art. 2.3 de la citada Ley 26/1984 ya proclamaba la irrenunciabilidad de los derechos que la misma reconoce a los **consumidores** y usuarios en la adquisición y utilización de bienes y servicios, al declarar expresamente la nulidad de su renuncia. En el mismo sentido se pronuncia el art.10 del texto legal ahora vigente. En consecuencia, puede decirse entonces que las normas que regulan el derecho de información son imperativas y atañen a materia de orden público, y en esa medida, el cumplimiento de esa obligación del empresario o profesional en las relaciones de consumo es controlable por el tribunal y aplicable también de oficio la normativa correspondiente.

En este sentido, entiende la SAP Madrid, Sección 12ª, de 27 de marzo de 2013 "se han de conceptuar como imperativas, por cuanto representan un mínimo en la defensa del bien jurídico constitucional, que es la protección de los **consumidores** y usuarios que garantiza la Constitución (artículo 51), representando la intervención estatal para lograr ese fin, intervención que abarca a todos los poderes públicos, y, por tanto y de manera significativa, también al Judicial, con carácter irrenunciable e inmodificable por pacto, como no sea éste más beneficioso para el **consumidor**." (vid. también la SAP de León, Sección 1ª, de 1-3-2012).

Las especiales características de este producto requieren de una cuidada y escrupulosa información al **consumidor**. Es claro que los demandantes no eran inversores habituales, y mucho menos de operaciones de especial y relevante riesgo, ni se conoce que en la entidad bancaria de la que eran clientes hubiesen realizado operaciones de similar entidad. Solo garantizaría el conocimiento exacto del producto bien una anterior experiencia inversora o bien el cumplimiento riguroso de los deberes de información a que tiene derecho todo **consumidor**.

Mediante la información, el **consumidor** puede juzgar sobre la conveniencia y oportunidad del contrato y decidir en consecuencia. Esta razón cobra mayor vigor si se tiene en cuenta la desigualdad informativa entre **consumidor** y empresario o profesional. En efecto, la multiplicidad de productos similares en el mercado impiden al **consumidor**, desprovisto de auxilio, diferenciarlos y, en consecuencia, orientar su opción adquisitiva. El instrumento para tal objetivo, ese auxilio, es la información.



El derecho a la información del **consumidor** es manifestación de la buena fe contractual que ha de presidir, no solo la fase de ejecución del contrato, sino también la precontractual (vid. art.65 TRLDCU). Como apunta la doctrina, si el principio de buena fe ha de regir en las relaciones contractuales, al margen de la existencia o no de situaciones de desequilibrio, con mayor razón se aplicará aquel principio cuando ese desequilibrio existe entre las partes contratantes, que es lo que acontece en la contratación con **consumidores**.

Ya el art. 60 del TRLDCU dice que la información que con carácter previo al contrato debe poner el empresario a disposición del **consumidor** ha de ser clara, comprensible, relevante, veraz y suficiente y adaptada a las circunstancias.

Hay que tener en cuenta, por otra parte, que la información debida, como se ha ocupado de destacar la doctrina, tiene una presencia transversal, en el sentido de que se extiende a lo largo de las diversas fases del *iter* contractual, desde la celebración del contrato hasta su ejecución, por más que los deberes de información actúen con efectos o alcance diversos según el tipo de contrato; son más extensos en los contratos basados en la confianza (arrendamiento de servicios o de gestión), o la materia (contratos financieros) o la duración (contratos de tracto sucesivo).

Las participaciones preferentes son valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho de voto, de carácter perpetuo cuya rentabilidad no está garantizada. No hay duda alguna -ya lo hemos dicho- de que el producto se considera complejo y de alto riesgo. De ahí que se considere que es producto no apropiado para **consumidores** normales, sino más bien propio de grandes o expertos inversores. En esa medida, es decir, porque se trata de producto de alto riesgo y los demandantes minoristas en los que reside la condición de **consumidores**, pesa sobre la entidad bancaria una especial y redoblada obligación de proporcionar información detallada y clara que aporte el conocimiento suficiente y cabal de las características del producto, especialmente de los riesgos y eventuales adversidades que puedan amenazar la inversión del capital invertido, con el fin de que el cliente pueda decidirse por la inversión.

La STS de 8 de septiembre de 2014 dice, a propósito de la significación y alcance de los deberes de información, recordando la anterior sentencia del mismo Alto Tribunal 840/2013, de 20 de enero de 2014, que

"ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. (...) Estos deberes legales de información expuestos del RD 629/1993, "responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law -PECL- cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica " Good faith and Fair dealing " ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: " Each party must act in accordance with good faith and fair dealing " ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran (...) los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar" (Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014)."

En suma, debe facilitarse al cliente la información precisa para que sea plenamente consciente del objeto y consecuencias del contrato. Y ello, tanto por causa de la complejidad de las participaciones preferentes, como por la muy distinta y asimétrica posición de las dos partes contratantes.

Es evidente que la entidad bancaria demandada conoce el producto que oferta; los clientes que lo suscriben tienen la consideración de **consumidores**, por lo que ha de serles aplicable la normativa tuitiva y protectora que corresponde a aquella condición. El RD 629/93 sobre normas de actuación en el mercado de valores, con referencia a la Ley 24/1988, ya obligaba a las entidades a proporcionar a los clientes toda la información necesaria y relevante a fin de que pudieran tomar una decisión sobre la contratación del producto ofertado. La Ley 47/2007 supuso la modificación de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores para incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, la Directiva 2006/73/ CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva y la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito. La Ley 47/07 hacía referencia a la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros por la



que se modificaba la Directiva MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), cuya finalidad es proteger a los inversores estableciendo un régimen de transparencia para que los participantes en el mercado puedan evaluar las operaciones. Por lo tanto, y al margen de las leyes 26/1984 y RDL 1/2007 sobre defensa general de **consumidores** y usuarios, aquellas disposiciones antes citadas constituyen el marco normativo fundamental relativo a la información que deben prestar las entidades de crédito a los clientes minoristas; información que ha de ser imparcial, clara y no engañosa, de suerte que el **consumidor** comprenda la naturaleza y los riesgos del producto financiero que contrata, y, por ende, que esté en situación de decidir y consentir el negocio con conocimiento real e informado de lo que contrata.

Por su parte, y en relación con la obligación de informar en esa relación asimétrica entre entidad financiera y cliente, la STS Sala 1ª, de 20 de enero de 2014, dice que

"Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto".

Según explica la SAP Madrid - Sección 14ª - de 15 de marzo de 2013, la inclusión en el contrato de una declaración de ciencia, que suele constar en los contratos que suscriben los **consumidores**, clientes bancarios o inversores minoristas, en el sentido de haber sido debidamente informados, «no significa que se haya prestado al **consumidor**, cliente o inversor minorista la preceptiva información», ni tampoco «constituye una presunción "iuris et de iure" de haberse cumplido dicha obligación, ni de que el inversor, efectivamente, conozca los riesgos, último designio de toda la legislación sobre transparencia e información», siendo expresión de lo que se dice el art. 89.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios, que considera como cláusulas abusivas "las declaraciones de recepción o conformidad con hechos ficticios", de lo se viene a inferir que son nulas las declaraciones de ciencia si se acredita que los hechos a los que se refiere son inexistentes o "ficticios", como literalmente se expresa en el término legal; «en el ámbito de la protección del cliente bancario o del inversor **consumidor** -dice la citada sentencia- la información es considerada por la ley como un bien jurídico y el desequilibrio entre la información poseída por una parte y la riqueza de datos a disposición de la otra es considerado como una fuente de injusticia contractual», de ahí la obligación que el legislador impone a la entidad financiera o al banco para que desarrolle una determinada actividad informativa. Debiendo señalarse, respecto de la suficiencia y claridad de la información, que debe facilitar la entidad de crédito, que es ésta la que debe probar que ha cumplido con los deberes de información necesarios a tenor de la legislación vigente (Sentencia de 4 de diciembre de 2.010 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos), así como que la diligencia que le es exigible a la entidad financiera no es la de un buen padre de familia, sino la de un ordenado empresario y representante legal, en defensa de los intereses de sus clientes (Sentencia de 16 de diciembre de 2.010 de la Sec. 5ª de la Audiencia Provincial de Asturias). Las previsiones anteriores tienen su importancia en orden a conseguir que la información prestada reúna unas condiciones objetivas de corrección (información clara precisa suficiente y tempestiva) y otras que podían calificarse de "subjetivas" por atender a circunstancias concretas del cliente (experiencia, estudios, contratación previa de otros productos...). Lo anterior trae como consecuencia que no puedan establecerse criterios generales para la solución de la cuestión planteada, debiéndose examinar caso por caso las circunstancias concurrentes tanto en lo que se refiere a la obligación de la entidad bancaria de información al cliente, como los caracteres o perfil de éste y los términos en que se plasma la relación contractual, con relación al aludido deber de información».

Hemos dicho en sentencia de esta Sala de 26 de enero de 2015 que

"no existe duda que los documentos citados constituyen un supuesto de contrato de adhesión por cuanto el cliente no ha intervenido en forma alguna en la redacción de dichos documentos, los cuales han sido elaborados por la entidad bancaria, por lo que para la validez de los mismos debe resultar acreditado que ha existido un conocimiento claro y plena conciencia por parte del cliente acerca de lo que contrató. Esto supone que en la fase precontractual don Cornelio y doña Sonsoles debieron recibir una información completa y precisa acerca de las características del producto y los riesgos que asumían. Sin embargo en el presente supuesto no consta que haya sido así, sin que en modo alguno quepa deducir que los demandantes sean inversores con conocimientos profundos de los mercados financieros, ni personas expertas en la materia, constando únicamente que se trata de personas que se habían limitado a invertir en fondos de inversión y acciones de determinadas compañías.

Los actores deben ser calificados de cliente minorista en cuanto a su perfil inversor, ostentando además la condición de **consumidores** y, por tanto, siendo merecedores de la máxima protección. En este sentido hay que tener en cuenta que las participaciones preferentes constituyen un producto complejo de difícil seguimiento de



su rentabilidad y que cotiza en el mercado secundario, lo que implica para el cliente mayores dificultades para conocer el resultado de su inversión y para proceder a su venta, y, correlativamente, incrementa la obligación exigible al banco sobre las vicisitudes que puedan rodear la inversión, entre ellos, los rumores sobre la solvencia del emisor.

(...)

Debe tenerse en cuenta que el artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores, en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente, la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses del cliente como propios. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, concretó, aún más, la diligencia y transparencia exigidas, desarrollando, en su anexo, un código de conducta presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que toda operación conlleva" (art. 5.3). Dicho Real Decreto fue derogado por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, conocida por sus siglas en inglés como MIFID (Markets in Financial Instruments Directive). La citada norma continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencias financiera y aquellos objetivos (art. 79, bis núm. 3, 4 y 7)."

Al margen de lo que diremos en el fundamento siguiente a propósito de la valoración de la prueba practicada en el acto del juicio, cumple ahora destacar la insuficiencia informativa que resulta de la documentación aportada al proceso.

En suma, tan relevante es el deber de información que pesa sobre la entidad financiera, tan escrupuloso cumplimiento exige tal obligación en este ámbito de la contratación bancaria, que se explican las cuidadosas prevenciones establecidas en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. No obstante ser de fecha posterior a los contratos en litigio, en cuanto que responden a criterios elementales en la contratación con minoristas que merecen la máxima protección, son consecuencia de las exigencias de la buena fe contractual, y, en definitiva, representan prevenciones asumidas como necesarias, importa destacar como la citada Orden impone el deber de facilitar la información precontractual legalmente exigible, "para adoptar una decisión informada sobre un servicio bancario y comparar ofertas similares", información que deberá ser "clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa y habrá de entregarse con la debida antelación en función del tipo de contrato u oferta y, en todo caso, antes de que el cliente quede vinculado por dicho contrato u oferta" (art. 6). Ese deber de información comporta las "explicaciones adecuadas y suficientes para comprender los términos esenciales de todo servicio bancario ofertado y adoptar una decisión informada, teniendo en cuenta sus necesidades y su situación financiera", explicaciones que comprenderán indicación sobre las "consecuencias que la celebración de un contrato de servicios bancarios pueda tener para el cliente" (art. 9). Por otra parte, la información que por escrito se proporcione a los clientes ha de estar redactada "en términos fácilmente comprensibles, de manera claramente legible", y aún más, con la finalidad de llamar la atención del cliente sobre los elementos esenciales de la información debida, se prevé su plasmación destacada mediante la utilización de caracteres o tipo de letra especialmente resaltada (art. 11).

En relación con el supuesto que enjuiciamos, no puede decirse que haya prueba concluyente de la información proporcionada al Sr. Artemio. Tanto este como el director del banco declaran en el acto del juicio sobre la información suministrada, pero con solo ese dato no podemos sino entender que el actor no tuvo cabal conocimiento de la naturaleza y características de lo que las participaciones preferentes significan y de los riesgos que sus suscripción podía comportar. Es claro que en este tipo de contratación y tratándose de clientes como era el matrimonio ahora demandante, el banco debe preconstituir prueba sobre deber tan trascendente y necesitado de acreditación como es el de la información debida, dejando constancia escrita y firmada de ella. Aún más, no parece irrazonable pensar en la necesidad de distinguir modos diversos de folletos



informativos según los conocimientos y capacidad de entendimiento por los clientes, al menos en las materias especialmente relevantes. No tiene sentido elaborar textos ininteligibles por la terminología y lenguaje, y aun por la propia disposición del texto, para ser leídos por personas de las que se sabe no podrán comprender en modo alguno el contenido del documento. En estos casos, no puede decirse que la información cumpla realmente su función.

En el caso de autos, al dorso de los documentos firmados por don Artemio, no hay información sobre las características del producto de cuya adquisición se trataba. No consta la entrega de folleto informativo alguno. La documentación aportada por el banco no tiene firma alguna. Cumple decir, a propósito de estos trípticos informativos, que se pone de manifiesto la falta de una información precontractual cabal desde el momento en que se firman con la misma fecha que el contrato, unidad de acto que parece incompatible con la posibilidad de una información previa y efectiva, propiciadora de un consentimiento rectamente formado y sedimentado en el sosiego que un contrato de esta envergadura requiere, e incluso con la oportunidad de recabar el asesoramiento externo, es decir, distinto del de la propia entidad bancaria que ofrece el producto y puede tener especial interés en comercializarlo.

A la hora de evaluar la información suministrada al demandante, la Comisión del Mercado de Valores dice al actor en carta dirigida a él que el contenido del tríptico era suficiente para poder identificar todas las condiciones y riesgos de la emisión de las participaciones preferentes. Pero, como ya hemos dicho, no hay constancia de que ese tríptico hubiera sido entregado a los demandantes y en condiciones que hubieran permitido su lectura atenta e inteligible y en circunstancias propicias para poder asentar un consentimiento verdaderamente informado.

SEXTO.- *La prueba practicada en el acto del juicio.-*

La prueba del juicio se contrae exclusivamente a las declaraciones del Sr. Artemio y de quien era a la sazón director del banco. Como ya hemos adelantado, los demandantes carecen de estudios superiores; don Artemio está jubilado; no ha hecho inversión alguna en productos financieros (como mucho, en acciones de Audasa); el director de la oficina bancaria que declara en el acto del juicio, no recuerda en modo alguno que haya hecho inversión alguna en productos similares al de autos, o que encerrasen algún tipo de complejidad o riesgo. El director le dijo que podía retirar el dinero en cualquier momento, que en dos o tres días se lo restituían. Es cuando los demandantes quieren recuperar el dinero para atender a las necesidades de un hijo cuando adquieren conocimiento de la naturaleza real del producto.

Como ya hemos dicho más arriba, el cliente suple su falta de conocimientos asumiendo el consejo del director del banco con el que viene trabajando desde hace años.

Entendemos que el Sr. Artemio no podía conocer la naturaleza y riesgos del producto que adquiriría. No cabe sino concluir, que el defecto de entendimiento es debido o bien a defectuosa e ineficaz información de las características del producto o bien a imposibilidad de comprensión por parte de quien carece de instrucción suficiente para advertir o vislumbrar las características del producto. En todo caso, no consta acreditado que el actor fuera informado del importante riesgo que asumía, información extremadamente importante dada la cantidad de dinero que se invertía. Es más, diríase que es máxima de experiencia común que a nadie se le ocurre -y mucho menos a un trabajador jubilado, ajeno a los avatares financieros-, invertir la totalidad o gran parte de sus ahorros si sabe que su patrimonio queda a la ventura de una operación de tan acusado riesgo.

En cuanto al documento en el que se instrumenta el contrato, de la información que allí se hace constar, es relevante, primero que no se proporcione información sobre el mecanismo de venta de las participaciones y sobre el riesgo de falta de liquidez, en la medida que el contratante inversor no es advertido de que, al paso del tiempo, puede no ser posible la venta del producto por falta de comprador; el cliente adquiere el producto, por lo tanto, confiado en la obtención de liquidez inmediata, sin representarse, por ausencia de información en tal sentido, de lo que podía ocurrir en caso de imposibilidad de venta de las participaciones preferentes.

SÉPTIMO.- *El error que vicia el consentimiento.-*

Constituye cuestión central de este litigio, saber si el consentimiento prestado por el matrimonio demandante estaba o no viciado por el error invalidante a que se refiere el art. 1266 del CC y que sirve de apoyatura jurídica para la pretensión deducida en la demanda, error que atribuye a falta de la información necesaria para saber y conocer el alcance del contrato, y, en definitiva, no solo cuáles eran sus ventajas, sino también cuáles los riesgos asumidos. Por lo tanto, conviene que recordemos y tengamos a la vista la doctrina jurisprudencial sobre el error:

1º. Para que se declare nulo el contrato celebrado entre las partes, es preciso que quien lo alega realice una cumplida prueba del vicio (STS 16-1-1987 , 7-5-1994)



2º. Para que se produzca la invalidez del consentimiento es necesario que el error sea sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga y que ese desconocimiento sea inexcusable, de modo que no hubiera podido ser evitado mediante el empleo por el que ha sufrido el error de la mínima diligencia excusable (SSTS 17-5 -, 12-7- 1988 y 4-1-1989). De ahí que se diga que se desvanece la esencialidad del error cuando se trata de situaciones fácilmente evitables mediante el empleo de unas mínimas diligencias (SSTS 14-2- 1994 , 23-2- 1995 y 25-1- 1996).

También es preciso que se produzca en el momento en que se presta el consentimiento contractual (STS de 12 de noviembre de 2004 y 17 de julio de 2006); es irrelevante el que tiene lugar en fase de cumplimiento del contrato.

Por su parte, la STS 18-2- 1994, recuerda que, según nuestra jurisprudencia, para ser invalidante, el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los llamados principios de autorresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado hoy en el artículo 7 CC ; es inexcusable el error (STS 4-1- 1982), cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica de requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración; y el problema no estriba en la admisión del requisito, que debe considerarse firmemente asentado, cuanto en elaborar los criterios que deben utilizarse para apreciar la excusabilidad del error: en términos generales -se continúa-la jurisprudencia utiliza el criterio de la 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: así es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto. La diligencia exigible es por el contrario, menor, cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto (STS 4-1-1982).

3º. La prueba de la concurrencia del error como vicio en el consentimiento pesa sobre quien lo alega (STS de 20 de febrero de 2012).

La STS de 21 de enero de 2015 recuerda y cita la sentencia del pleno de la Sala 1ª num. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , que recoge y resume la jurisprudencia dictada en torno al error vicio, en la que se decía que

"La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran 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 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."

Desde luego, no hay pruebas, en el caso que enjuiciamos, que permitan destruir esa presunción *iuris tantum* de indebida formación del consentimiento por insuficiencia de la información debida al **consumidor**.

La doctrina científica, a propósito de la contratación financiera, destaca como premisa incuestionable, el deber de las entidades financieras de ofrecer a sus clientes una información clara, suficiente, entendible y debidamente documentada, haciendo especial hincapié en los riesgos propios de cada operación, y de modo singular cuando se trata de productos financieros de alto riesgo.



Este defecto de información, sumado a la carencia de un entendimiento total y cabal del producto, y la condición del matrimonio contratante, de limitada formación y nulos conocimientos en materia financiera, se dibuja el contexto propio del padecimiento de error en la formación del consentimiento, que se relaja y confía por desconocimiento de la totalidad de las características del producto y de los riesgos que con la inversión afrontaba. No cabe duda de que con Artemio nunca hubiese expuesto tanto dinero al elevado riesgo propio de este producto, si se le hubiese hecho representación alguna de un escenario probable abocado a la situación de pérdidas graves.

Es de interés recordar aquí, a propósito del error excusable/inexcusable las consideraciones de la doctrina científica hace a propósito de la contratación moderna al poner en relación el requisito de la excusabilidad del error con la admisión del dolo por omisión o reticencia, ponderando la posición y conducta de cada parte contratante -no solo de quien sufre el error- pues, dicen los autores, la pregunta final será si en cada caso habría de prevalecer el deber de informarse (en cuyo caso el error sería inexcusable) o el deber de informar (en cuyo supuesto concurre dolo o, en todo caso, el error sería excusable). La perspectiva tiene especial relevancia en el ámbito de la contratación con **consumidores** donde sobre el empresario o profesional pesan unos deberes legales inexcusables de información clara, comprensible, relevante, veraz y suficiente y adaptada a las circunstancias. La STS de 4-1-1982 dice que han de valorarse las respectivas conductas de las partes contratantes según el principio de la buena fe (art. 1258 CC), pues si el adquirente tiene el deber de informarse, el mismo principio de responsabilidad negocial le impone al enajenante el deber de informar (vid. también STS 22-5-2006). Por su parte, la STS de 14-2-1994 dice que para valorar el error debe tenerse en cuenta la condición de las personas, no solo del que lo invoca, sino de la otra parte contratante, cuando el error pueda ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o la conducta de esta; con ello, el TS está refiriéndose a la existencia de un deber de advertir como exigencia de la buena fe negocial, deber de advertir que no es sino una elemental faceta del deber de informar. Lo dicho tiene, si acaso, especial relevancia en la frecuente relación de confianza entre cliente y la entidad bancaria con la que habitualmente trabaja y a la que tiene confiados determinados intereses económicos. De ahí que la doctrina venga destacando que el requisito de la excusabilidad palidece cuando, según las circunstancias -y estas son acusadas en el ámbito de la contratación con **consumidores**- el error puede atribuirse más a la inobservancia del deber de informar o la inducción al error, que a la irresponsabilidad de quien lo sufre

La STS de 28-9-1996 llega a entender que si hay error inducido por la conducta de una parte contratante (en aquel caso, el vendedor) "no es necesario que sea constitutiva de dolo o culpa para que sea tenida en cuenta a estos efectos y que, en el presente caso, determina el carácter excusable del error padecido."

OCTAVO.- *No es aplicable la doctrina de los actos propios .-*

Se pretende que la conducta posterior a la firma del contrato sea tenida por confirmación del contrato y constitutiva de actos propios, en concreto la percepción de intereses y la segunda contratación un año después.

En primer lugar, la nueva o segunda contratación nada significa en el sentido que la apelante pretende, si a la sazón persiste la situación de falta de cabal información y, por ende, la causa del error, en cuyo estado se mantiene el sujeto cuyo consentimiento se presta.

En segundo lugar, tampoco la percepción de rendimientos provenientes de la inversión puede tomarse como acto propio convalidante. Se entiende que el acto propio no es sino un acto negocial que envuelve una verdadera declaración de voluntad (STS de 9-5-2000), es decir, se trata de actos llevados a cabo con ánimo de producir una consecuencia jurídica (STS de 13-6- 2000); hay sentencias que, yendo más allá terminan por exigir que se trate de actos expresos (STS de 4-6-1992 , 31-1-1995), precisos, claros, determinantes y perfectamente delimitados (SSTS de 10-11-1992 y 21-12-2001). Es fácil comprender que con esta caracterización, la mera percepción de intereses no puede por sí suponer un acto propio con la eficacia jurídica que se pretende.

También el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de febrero de 2014 , en relación con la doctrina de los actos propios, recuerda lo señalado en su sentencia de 20 de marzo de 2012 , en la que se indica que destacada doctrina científica afirma que «la prohibición de ir contra los actos propios, con la negativa de todo efecto jurídico a la conducta contraria, se asienta en la buena fe, en la necesidad de coherencia en el comportamiento para la protección a la confianza que un acto o conducta de una persona suscita objetivamente en otra u otras; el módulo regulador es la objetividad, o sea, el entendimiento o significado que, conforme con los criterios generales del obrar en el tráfico jurídico, ha de dársele a tal acto o conducta» ; también, sostiene que «los presupuestos de aplicación de esta regla son los siguientes: 1º, que una persona haya observado, dentro de una determinada situación jurídica, una conducta relevante, eficaz y vinculante; 2º, que posteriormente esta misma persona intente ejercitar un derecho subjetivo o una facultad, con la creación de una situación litigiosa y formulando dentro de ella una determinada pretensión; 3º, que entre la conducta anterior y la pretensión



posterior exista una incompatibilidad o contradicción, según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior; y 4º, que entre la conducta anterior y la pretensión posterior exista una perfecta identidad de sujetos». A lo que se añade que esta Sala tiene declarado que «para estimar que se ha infringido la doctrina de los actos propios, que encuentra su apoyo legal en el artículo 7.1 del Código Civil, ha de haberse creado quebranto del deber de coherencia en los comportamientos, y debe concurrir en los actos propios la condición de ser inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar o extinguir, sin ninguna duda, una precisada situación jurídica afectante a su autor, que ocasione incompatibilidad o contradicción entre la conducta precedente y la actual» (entre otras, SSTs de 30 de enero de 1999 y 25 de julio de 2000).

Esta doctrina no es aplicable cuando el acto al que supuestamente habría quedado vinculada la parte, esto es, el contrato de compra de participaciones preferentes, está viciado por deficiencias en la formación del consentimiento. En este mismo sentido ha señalado el Tribunal Supremo, en su sentencia de 28 de septiembre de 2009, que la doctrina de los actos propios "tiene como presupuesto que sean válidos y eficaces en derecho, por lo que no procede su alegación cuando están viciados por error". Del mismo modo, tampoco constituye acto propio el conocimiento y la aceptación de las primeras liquidaciones del contrato, pues fueron éstas las que permitieron la persistencia en el error de manera que los actores siguieran creyendo que el contrato hoy impugnado era algo distinto de lo que verdaderamente habían suscrito (así lo ha declarado este tribunal en sentencias de 30 de enero y 3 de marzo de 2014).

Por lo demás, es sabido por reiterada jurisprudencia que, en tanto subsiste la situación de error, no cabe la confirmación del contrato basada en la conducta o actos realizados por quien mantiene su consentimiento viciado pues este se extiende a esos otros actos posteriores. El TS tiene declarado que solo hay confirmación tácita de los contratos anulables cuando, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el sujeto lleva a cabo un acto inequívoco que implica necesariamente la voluntad de renunciar a aquella (así, y entre otras, las SSTs 27 de octubre de 1980, 15 de febrero de 1995 y 12 de noviembre de 1996).

NOVENO.- *El art. 1303 del CC.-*

La apelante solicita que los demandantes sean condenados a la devolución de los intereses legales de los rendimientos recibidos. Dicen los apelados que se trata de una cuestión nueva toda vez que no se pidieron en la primera instancia. Es cierto que no se hace referencia a ellos en el apartado sexto de la contestación a la demanda al especificar qué habrían de restituir los demandantes, como tampoco en el suplico de dicho escrito, y era precisa tal reclamación habida cuenta que la procedencia del abono de intereses de los rendimientos es una cuestión disputada en las resoluciones de las Audiencias Provinciales que no siguen un criterio uniforme en la materia. Siendo así se estaría planteando una cuestión nueva, posibilidad que está proscrita por reiterada jurisprudencia según la cual los tribunales deben atenerse a las cuestiones de hecho y de derecho que las partes le hayan sometido, las cuales acotan los problemas litigiosos y han de ser fijadas en los escritos de alegaciones, que son los rectores del proceso, y ello en cumplimiento y acatamiento de los principios dispositivo, de rogación y de contradicción; el contenido del proceso, según la jurisprudencia, lo fijan las partes y definido o acotado el objeto del proceso por los escritos de demanda y de contestación, no pueden después las partes introducir variaciones sustanciales en virtud de la prohibición de *mutatio libelli*; en suma, supone que el demandado no puede modificar de forma sustancial su defensa una vez que ha contestado la demanda." (vid. SSTs de 9-3-2011, 30 de abril de 2012, que cita a su vez las de 13 de julio de 2011; 6 de mayo de 2011; 21 de septiembre de 2011, 10 de octubre de 2011, 28 de mayo de 2004, 3 de diciembre de 2009; 21 de julio de 2008, 10 de mayo de 2011, y 10 de octubre de 2011).

Ocurre, por otra parte, que si de alguna forma la entidad demandada hubiese reclamado esos intereses, al no haber resuelto sobre ellos el tribunal de instancia, estaríamos ante un supuesto de falta de exhaustividad (art. 218) en cuyo caso la apelante debía haber hecho previamente uso de la facultad que establecen los arts. 215 de la LEC y 267.5 LOPJ, es decir, pedir el complemento de sentencia, tal como viene exigiendo la jurisprudencia para hacer posible el planteamiento de la cuestión en segunda instancia. Citamos, por todas, la STS de 8 de Octubre de 2013, a cuyo tenor: "Esta Sala, cuando se trata de denunciar la incongruencia por falta de pronunciamiento, viene exigiendo la denuncia previa de dicha omisión por el mecanismo previsto en el artículo 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ("Subsanación y complemento de sentencias y autos defectuosos o incompletos"). Así la sentencia núm. 712/2010, de 11 de noviembre, recurso núm. 1881/2005, establece que «ante la incongruencia por omisión, la recurrente tenía la posibilidad de denunciar en la segunda instancia esta infracción mediante el ejercicio de la petición de complemento de la sentencia que prevé el artículo 215.2 LEC -que utilizó para otras cuestiones- y que hubiera permitido su subsanación. No habiendo acudido a este procedimiento, la denuncia de esta infracción es inadmisibles y, en el trance de dictar sentencia en que nos encontramos, debe ser desestimada». En el mismo sentido cabe citar las sentencias núm. 5/2011, de 18 de enero, recurso núm. 22/2008, y núm. 891/2011, de 29 de noviembre, recurso núm. 1893/2008. Asimismo, tal criterio ha sido recogido en el Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de



2011 sobre criterios de admisión para la aplicación de las reformas introducidas por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal."

La recurrente pide también sean devueltos los títulos (acciones de NCG Banco)) obtenidos en virtud del canje obligatorio en virtud de resolución del FROB. Se reconoció tal canje por los demandantes en el acto de la Audiencia Previa. Es cierto que la sentencia nada dice en particular sobre este extremo, pero ello no significa que lo haya denegado. Se trata de un efecto *ex lege* que rige aun cuando la sentencia que acuerda la nulidad nada diga sobre ello. Como dice la jurisprudencia, la obligación de restituir no nace del contrato anulado, sino de la ley (SSTS de 24 de octubre de 1989 , 24 de febrero de 1992 , 23 de junio de 2008 , entre otras varias); pero es que, al margen de que sea un efecto derivado de la propia ley, no puede dejar de advertirse, y también lo pone de manifiesto la propia jurisprudencia, que se trata de una consecuencia natural e ineludible de la propia nulidad (SSTS de 8 de noviembre de 1999 y 8 de enero de 2007) en la medida que es efecto de la nulidad la vuelta de las cosas a su situación anterior a la celebración del contrato que deviene nulo. De ahí que la restitución ha de operar aun cuando no se hubiese pedido por la parte, en cuyo caso el juez puede declararlo en la sentencia (SSTS de 6 de octubre de 2006 y 8 de enero de 2007). No era en este caso necesaria la petición de suplemento de la sentencia dado que se trata de efecto *ex lege* , implícito en toda sentencia que acuerda una nulidad de contrato. No sería entendible la ejecución de la sentencia que anula un contrato sin que se llevasen a cabo los efectos restitutorios que materializan dicha nulidad. Por otra parte, no se podría entender la restitución del capital por parte del banco, sin que simultánea y correlativamente no se llevase a cabo la entrega de los títulos por los demandantes. Significativo es que estos manifiesten que daban por hecho que una vez firme la sentencia y el banco restituyese el dinero, la entidad demandada pondría a cero la cuenta de valores del matrimonio demandante respecto de las acciones de NCG Banco S.A. con la devolución de los valores aun no recogiendo de manera expresa la sentencia.

Aun siendo innecesario, por lo dicho, llevamos a la parte dispositiva de la sentencia la entrega a la entidad demandada por parte de los demandantes de los títulos correspondientes, sin que ello suponga estimación del recurso en un extremo que, repetimos, hubiera sido efectivo aun silenciado en la sentencia. No hay estimación de recurso por reconocer un efecto *ex lege* (que además no fue denegado explícitamente por el tribunal de instancia. La cosa es debida por mandato legal, no por estimación del recurso.

Por último, se protesta que se declare la nulidad del contrato de depósito de valores a pesar de que el mismo servía de soporte a otros productos. No procede este motivo. Precisamente, el error de los contratantes comprende la firma del contrato instrumental necesario y básico para adquirir las participaciones preferentes. Es evidente que de haber conocido las consecuencias de la compra de participaciones preferentes las partes no hubieran suscrito el contrato que servía de soporte para consumir aquella adquisición. Afirmado el error con el que se contrata, no cabe escindir el negocio que con error se suscribe para sirva de medio e instrumento del que es el objetivo final del contrato, ambos abarcados por el mismo error que, a la postre, cubre todo el *iter* negocial.

DÉCIMO.- Costas.-

Solicita la parte apelante la no imposición de las costas de la primera instancia, porque la esperada admisión de las pretensiones referidas a la nulidad del contrato de depósito y de la devolución de títulos, ha de conducir a una estimación parcial de la demanda. No es así. En cuanto a la rectificación del pronunciamiento sobre la nulidad del contrato de depósito y administración de valores, ya hemos dicho que no procede. Y en relación con el segundo extremo, como ya razonamos, no es pronunciamiento que esté denegado por la juez de instancia, aparte de que su efectividad era inherente a la declaración de nulidad, por lo que su incorporación a la parte dispositiva no tiene valor de estimación del recurso, sino de mera explicitación de lo que estaba ya implícito en la naturaleza del pronunciamiento que acuerda la nulidad del contrato

UNDÉCIMO.- El art. 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que "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 art. 394"; en consecuencia, al no prosperar el recurso de apelación interpuesto y ser rechazada la pretensión impugnativa de la parte apelante, le han de ser impuestas las costas de esta segunda instancia.

DUODÉCIMO.- Según el apartado 9 de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, "cuando el órgano jurisdiccional inadmita el recurso o la demanda, o confirme la resolución recurrida, el recurrente o demandante perderá el depósito, al que se dará el destino previsto en esta disposición.". Toda vez que el recurso es desestimado y confirmada la sentencia apelada, se tiene por perdido el depósito constituido para recurrir al que se dará el destino previsto en el apartado 10 de la citada norma.

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



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

FALLAMOS

Que al desestimar el recurso de apelación interpuesto por NOVAGALICIA BANCO, S.A. debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada en autos de juicio ordinario 441/2013 del Juzgado de Primera Instancia número 6 de esta ciudad, con imposición de las costas de esta segunda instancia a la parte recurrente.

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

Contra esta sentencia podrá interponerse recurso de casación por interés casacional y, en su caso, extraordinario por infracción procesal

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ