



Roj: **SAP PO 997/2015 - ECLI:ES:APPO:2015:997**

Id Cendoj: **36057370062015100217**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vigo**

Sección: **6**

Fecha: **12/05/2015**

Nº de Recurso: **36/2014**

Nº de Resolución: **212/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JULIO CESAR PICATOSTE BOBILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00212/2015 **AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6 PONTEVEDRA**

N00050

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

Tfno.: 986817388-986817389 Fax: 986817387

N.I.G. 36057 42 1 2013 0007008

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000036 /2014

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

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000411 /2013

Apelante: NOVAGALICIA BANCO SA

Procurador: FATIMA PORTABALES BARROS

Abogado: ADRIÁN DUPUY LOPEZ

Apelado: Amador , Benjamín

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

Abogado: MARIA ANGELES FERNANDEZ BERCERUELO, MARIA ANGELES FERNANDEZ BERCERUELO

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

EN NOMBRE DEL REY

La siguiente

SENTENCIA núm. 212/15

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

Vistos en grado de apelación ante esta Sección 6^a de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sede Vigo, los autos de juicio ORDINARIO número 411/13, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 11 DE VIGO, a los que ha correspondido el núm. de Rollo de apelación 36/14, en los que es parte **apelante** -demandado: NCG BANCO S.A, representado por el Procurador D. FÁTIMA PORTABALES BARROS y asistido del letrado D. PABLO LORENZO SARMIENTO; y, **apelada** -demandante: D. Benjamín Y D. Amador representado por el procurador D. VICTORIA BARROS ESTÉVEZ y asistido del letrado D. ÁNGELES FERNÁNDEZ BERCERUELO.



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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 11 de Vigo, con fecha 18 de noviembre de 2013, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que **DEBO ESTIMAR Y ESTIMO** la demanda deducida por la Procuradora sra. **BARROS ESTÉVEZ** quien actúa en nombre y representación de DON Benjamín y DON Amador contra **NOVAGALICIA BANCO, S.A. y**, en su virtud:

1.- **DECLARO** la nulidad de las órdenes de compra de fecha 27 de mayo de 2009 de participaciones preferentes denominadas **CAIXANOVA Serie D** con ISIN ES0169075050 por importe de 20.000.-; por responsabilidad contractual por incumplimiento de las obligaciones asumidas de asesoramiento financiero por la entidad demandada y vicio del consentimiento.

2.- **CONDENO** a **NOVAGALICIA BANCO, S.A.** a abonar a los actores la cantidad de **SIETE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y OCHO EUROS CON CUATRO CÉNTIMOS DE EURO** (7.938,04.-).

3.- **CONDENO** a **NOVAGALICIA BANCO, S.A.** a estar y pasar por esta declaración y, en su consecuencia, a que abone a los actores la referida cantidad de principal, junto con los intereses en la forma determinada en el fundamento jurídico quinto.

4.- Costas a la parte demandada."

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

Una vez cumplimentados los trámites legales, se elevaron las actuaciones a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con sede en Vigo, para su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo, señalándose para la deliberación del recurso el día 26/03/15.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Los términos del litigio

El 27 de mayo de 2009, don Benjamín y su padre, don Amador, firmaron con Novagalicia Banco S.A. una orden de suscripción de valores, con denominación "4711620031 Pref. Caixanova SR D" por importe de 20.000 euros. En la misma fecha firman también el tríptico informativo de las participaciones preferentes Caixanova Serie D. En su demanda solicitan la nulidad de la orden de suscripción que sirvió para la adquisición de participaciones preferentes, toda vez que no recibieron del banco información adecuada y suficiente, clara y comprensible, ni en la fase precontractual prestado en la suscripción ni en el momento de la celebración del contrato, por lo que hubo en los clientes error esencial que invalida el consentimiento en la suscripción de participaciones preferentes; los demandantes entendieron que estaban invirtiendo el dinero en un producto similar a un depósito a plazo fijo, sin riesgo, seguro y garantizado, con plena disponibilidad del dinero que podían retirar en cualquier momento.

Los demandantes refieren que carecen de experiencia y conocimientos financieros; el padre, Sr. Amador, que trabajó como serigrafista, tenía estudios primarios, y está actualmente jubilado; su hijo, el otro codemandante, tiene estudios de EGB y es también serigrafista autónomo. Ambos son clientes de la demandada de toda la vida y tienen depositada en dicha entidad toda su confianza.

Solicitan la declaración de nulidad de la orden de suscripción y que se condene a la demandada a la devolución de 20.000 euros más los intereses-

La demandada sostiene que de la documentación entregada a los demandantes se desprende claramente la naturaleza del producto, y además recibieron la información adecuada tanto verbal como escrita; en efecto, tuvieron explicaciones presenciales, recibieron el tríptico, se practicó el test Mifid, y luego percibieron los rendimientos correspondientes.

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.- Perfil y condición de los demandantes.-

No puede decirse que los demandantes tengan el perfil adecuado para la inversión en preferentes. Es más, podríamos decir, que tal producto no tiene sentido para quienes son pequeños ahorradores, es decir, clientes cuyo interés primordial es el del ahorro razonablemente productivo y no el de la exposición de su patrimonio dinerario a graves riesgos ni el de acometer 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).

En el caso que enjuiciamos ya hemos dicho más arriba, que los dos demandantes son personas de estudios elementales, sin formación, ni conocimientos sobre cuestiones financieras.

Dicen en la demanda que no son conscientes de haber cubierto el test de conveniencia. En cualquier caso, es lo cierto que del mismo resulta que ambos solo están familiarizados con productos de riesgo bajo. En el test del Sr Benjamín , resulta que ocasionalmente ha realizado inversiones u operaciones de riesgo medio; sin embargo, habiendo trabajado siempre con la entidad demandada, no hace constar esta qué tipo de productos de riesgo medio ha podido contratar. En suma, no resulta de este test que el perfil de los demandantes fuera el propio y adecuado para suscribir operaciones como la de autos.

CUARTO. - 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 TRLDU). 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 TRLDU 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 Ambrosio y doña Enma 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, constanding 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)."

Está aportado a autos el denominado tríptico informativo; de este debe advertirse que, pese a constituir una información que corresponde a la fase precontractual, aparece firmado en la misma fecha que la suscripción de la orden de suscripción de valores (ambas llevan fecha de 27 de mayo de 2009), por lo que difícilmente ha podido cumplir esa función de instrucción previa al contrato; antes al contrario, revela la existencia de unidad de acto. Ello indica que no ha habido una información previa que permitiera a los contratantes conocer con antelación las condiciones del contrato y la naturaleza del producto, o consultar y asesorarse con otra persona y ponderar la información recibida. La suscripción en un solo acto del contrato y el folleto informativo, excluye, por incompatible, la verdad de una información precontractual



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).

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

Se ha reducido a la declaración del codemandante Sr. Benjamín y una empleada de la entidad demandada Mercedes - que fueron interrogados sobre la contratación e información proporcionada al cliente; ambas declaraciones son en muchos extremos contradictorias. Según la empleada, trató solo con el hijo, no con el padre, al que nada explicó porque confiaba en el hijo. No utilizó la palabra perpetua pero sí le dijo que era vencimiento indefinido o infinito; en su opinión el hijo entendió el producto- No le dijo que fuese un depósito a plazo fijo. Le explicó que el producto tenía la garantía de Caixanova; si esta quebraba, ella iría al paro y él tendría que reclamar judicialmente el dinero; también le dijo que si quería disponer del dinero tenía que avisarle con tiempo para buscar un comprador.

El Sr. Benjamín declara que él lo entendió como un producto a plazo fijo, seguro y que el dinero podía recuperarlo libremente; que se enteró de la perpetuidad por la prensa. No tiene idea de haber firmado el test y, añade, que no le hicieron las preguntas a que el test se refiere. Por lo demás, dice que actuaba plenamente confiado en la entidad, con la que viene manteniendo una relación de años, confianza que extendía a " Mercedes " a la que conocía también de tiempo atrás. No leyó lo que firmaba. Conviene hacer ver -y así lo pone de manifiesto, la experiencia jurisdiccional- que cuando los clientes dicen que creían estar realizando un depósito a plazo fijo, no debe interpretarse literalmente, sino que lo que, en realidad, explican, es que, aun conociendo que era un contrato u operación distinta, funcionaba como un depósito a plazo, con la seguridad y posibilidades de recuperación propias del mismo.

Podemos aceptar que en estos casos el cliente suple su falta de conocimientos asumiendo el consejo de la entidad con la que se tiene antigua relación de cliente y, por ende, de confianza, al punto de no detenerse a leer el documento que firma, precisamente por el alto nivel de confianza depositado en la entidad financiera y los empleados con los que habitualmente trata y despacha.

SEXTO.- *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 concurren 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 concurren en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

(...)

En 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 conformación 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 de los clientes contratantes, 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. Puede afirmarse el Sr. Benjamín nunca hubiese expuesto su 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. Lo mismo cabe decir de su padre, pues este seguía la pauta y decisión de su hijo.



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."

SÉPTIMO.- *No es aplicable la doctrina de los actos propios ni la tesis de la confirmación-*

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 rendimientos 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).

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

La sentencia del tribunal de primer grado acuerda que, ya que en el acto del juicio se puso de manifiesto como hecho nuevo que la parte actora había realizado el canje obligatorio en acciones y que luego había obtenido liquidez vendiéndolas, previa quita, al FROB, por lo que obtuvo 12.061,96 euros. En consecuencia, el juzgador de instancia resta esta cantidad del total reclamado por lo que la condena de la entidad financiera lo es a la restitución de 7.938,04 euros, pero a la vez mantiene en poder del cliente, esto es, de los demandantes, los rendimientos percibidos en su momento.

En su recurso, la entidad Novagalicia Banco S.A. solicita que la parte actora devuelva los rendimientos obtenidos de la demandada.

Esta pretensión debe ser estimada, pues, de acuerdo con lo que hemos venido resolviendo en ocasiones anteriores, una adecuada reposición de las cosas a su estado primitivo, anterior a la declaración de la celebración del contrato anulado, pasa por dar satisfacción a lo que dispone el art. 1303 del CC de modo que las partes han de restituirse las respectivas prestaciones.

NOVENO.- *Costas y depósito.*

La estimación parcial de la demanda supone la no imposición de costas en la primera instancia (art. 394).

El art. 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que "en el caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes". En consecuencia, al haber prosperado en parte el recurso de apelación interpuesto, se está en el caso de no hacer condena en cuanto a las costas de esta segunda instancia.

DÉCIMO.- Según el apartado 8 de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, "si se estimare total o parcialmente el recurso, o la revisión o rescisión de sentencia en la misma resolución se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito." Puesto que el recurso ha sido parcialmente estimado, procede acordar su devolución al recurrente.

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

FALLAMOS

Que, al acoger en parte el recurso de apelación interpuesto por NCG BANCO S.A, debemos revocar y revocamos parcialmente la sentencia dictada en autos de juicio ORDINARIO núm. 411/2013, del Juzgado de Primera Instancia de núm. 11 de Vigo y, en consecuencia, estimamos parcialmente la demanda formulada por don Benjamín y DON Amador contra la entidad apelante, por lo que estos vienen obligados a restituir a la demandada la cantidad de 4.151,46 euros.

No se hace condena en costas en ninguna de las dos instancias. Procédase a la devolución del depósito constituido para recurrir.

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.



PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrado/s que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ