



Roj: **SAP OU 391/2015 - ECLI:ES:APOU:2015:391**

Id Cendoj: **32054370012015100208**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **12/06/2015**

Nº de Recurso: **385/2014**

Nº de Resolución: **212/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSEFA OTERO SEIVANE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OURENSE

APELACIÓN CIVIL

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

SENTENCIA NÚM. 00212/2015

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

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, en autos de Juicio Ordinario procedentes del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ribadavia, seguidos con el n.º 30/14, Rollo de apelación núm. 385/14, entre partes, como apelante la entidad NCG Banco, S.A., representada por el procurador de los tribunales D. José Antonio González Neira, bajo la dirección del letrado D. Adrián Dupuy López y, como apelado, D. Millán , representado por el procurador de los tribunales D. José Merens Ribao, bajo la dirección del letrado D. José M^a Casas Amil.

Es ponente la Ilma. Sra. D.^a Josefa Otero Seivane.

I - ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ribadavia, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 28 de mayo de 2014 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO:** Que debo estimar y estimo la demanda presentada por el Procurador José Merens Ribao en nombre y representación de José Millán , contra la entidad NOVAGALICIA BANCO S.A. y declaro la nulidad de los contratos de adquisición de obligaciones subordinadas celebrados entre las partes los días 13 de junio de 2005 y 4 de enero de 2006, y los contratos de adquisición de participaciones preferentes celebrado entre las partes los días 29 de abril, 8 y 9 de junio, 13, 14 y 24 de julio de 2009, 16 de septiembre de 2009, 4 de enero, 1 de marzo, 22 de marzo y 5 de julio de 2010 y 17 de enero de 2011, debiendo restituirse recíprocamente las prestaciones derivadas de éstos en los términos del fundamento jurídico séptimo de esta resolución.

Se condena en costas a la parte demandada ."

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

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

II - FUNDAMENTOS DE DERECHO



Se aceptan y dan por reproducidos los razonamientos jurídicos de la sentencia apelada.

PRIMERO.- La sentencia apelada declara nulos los contratos de adquisición de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas a que se contrae la demanda con obligación de los contratantes de restituirse recíprocamente las prestaciones derivadas de aquellos en los términos que recoge en su fundamento jurídico séptimo.

Se alza en apelación la demandada interesando la revocación de la sentencia de instancia y dictado de otra por la que se desestime la demanda en su integridad con imposición de costas a la parte actora la cual se opone al recurso interesando su desestimación y condena en costas de la parte contraria.

El recurso se funda en los siguientes motivos: 1) vulneración de los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil . 2) infracción de los artículos 316 , 326 y 376 LEC .3) Vulneración de los artículos 1.309 , 1311 y 1313 CC y de la doctrina general de los actos propios. 4) vulneración del artículo 1301 CC por no apreciar caducidad de la acción.

Plantea la recurrente cuestiones jurídicas reiteradamente resueltas por la Sala al analizar contratos análogos mediante sentencias de las que la entidad apelante es plenamente conocedora al haber sido parte en la mayoría de los procesos a que pusieron fin. En ellas se pronuncia la Sala, bien directamente, bien mediante remisión a la sentencia de instancia, sobre la caducidad de la acción, características y naturaleza de las participaciones preferentes y/o subordinadas, normativa de aplicación en relación con el deber de información de las entidades bancarias, según se trate de productos adquiridos antes o después de la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva Mifid 2004/39/CE, carga de la prueba sobre el cumplimiento de dicho deber, requisitos para la declaración de nulidad por error en el consentimiento y efectos de esta declaración. Solo cabe insistir en lo razonado en aquellas resoluciones, al margen de la argumentación oportuna en relación con las circunstancias fácticas concurrentes en el caso y alegaciones al respecto de la recurrente.

SEGUNDO.- El examen de los motivos primero y segundo debe efectuarse en relación a tres ideas fundamentales, a la vista de la argumentación en que descansan: requisitos que debe reunir el error para invalidar el consentimiento; alcance y prueba del deber de información de las entidades bancarias en la contratación de productos bancarios de naturaleza compleja y alto riesgo como son los discutidos; e incidencia de una información deficiente en la apreciación del error vicio en función del perfil del cliente afectado.

Sobre el consentimiento se decía en la sentencia de esta Sala de 26 de octubre de 2012 : "el consentimiento constituye uno de los elementos esenciales del contrato (artículo 1261 CC). Se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato (artículo 1262 CC). La manifestación de voluntad en que consiste ha de prestarse de modo libre y consciente, sin la concurrencia de vicios que, según el artículo 1265 CC , determinan su nulidad, entre ellos el error invocado en la demanda y apreciado en la resolución impugnada. El error supone un falso conocimiento de la realidad capaz de determinar una emisión de voluntad no realmente querida. Consiste en una representación equivocada de la realidad que produce la realización de un acto jurídico que, de otra forma, no se hubiese llevado a cabo o se hubiese realizado en otras condiciones (STS de 12 de noviembre de 2010). Constituye una creencia inexacta o una representación mental equivocada, que sirve de presupuesto para la realización de un contrato y determina una voluntad no formada correctamente, porque la contemplación del objeto del contrato estaba distorsionada (STS 13 de julio de 2012). El artículo 1266 CC exige para que el error invalide el consentimiento que recaiga sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que, principalmente, hubieren dado motivo a celebrarlo. En interpretación del precepto, la jurisprudencia tiene declarado que para que el error produzca el efecto de anular el contrato es preciso, además, que no sea imputable al interesado, en el sentido de causado por él -o personas de su círculo jurídico-, y que sea excusable, entendiéndose que no lo es cuando pudo ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular, requisito éste que no consta expresamente en el Código civil, pero exigible como elemental postulado de buena fe (STS de 11 de diciembre de 2006 , a su vez citada en la, antes mencionada, de 12 de noviembre de 2010). La valoración de la concurrencia de los requisitos necesarios para apreciar error determinante de nulidad contractual ha de efectuarse tomando en consideración las circunstancias concretas del caso y, especialmente, las subjetivas de los contratantes".

TERCERO.- El deber de información viene impuesto a las entidades bancarias tanto por el principio general de buena fe, informador de todo el derecho de contratos (artículo 1258 CC) como por la normativa específica relativa a los servicios financieros.

La sentencia apelada analiza en profundidad las características de las obligaciones subordinadas y participaciones preferentes, así como la normativa aplicable en relación con la obligación de información que incumbe a las entidades bancarias cuando de clientes minoristas se trata, como es el caso, lo que



hace innecesario pronunciarse sobre tales cuestiones y suficiente la remisión a su fundamentación jurídica, no cuestionada en lo que atañe a tales materias. Cabe, no obstante, significar que nos encontramos ante productos de inversión, no de ahorro, complejos y de alto riesgo y que, en virtud de dicha normativa las entidades de crédito, que asesoren, coloquen, comercialicen o presten cualquier servicio de inversión sobre ambos productos están obligados a proporcionar a los clientes minoristas información imparcial, clara, sencilla y no engañosa, previamente a la celebración del contrato, veraz, suficiente y comprensible sobre las características esenciales de los productos ofertados.

Al deber de información se refiere la sentencia del Tribunal Supremo 840/2013, del Pleno, de 20 de enero de 2014, relativa a contrato de permuta financiera, también de naturaleza compleja y elevado riesgo. Partiendo de esa complejidad y de la asimetría informativa que suele darse en la contratación por la desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional, la sentencia destaca la necesidad de proteger al inversor minorista acentuada 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 en contratar un determinado producto". Razona también que el genérico deber de negociar de buena fe, que se contiene en el artículo 7 del código civil y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, "conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar". En referencia al incumplimiento del deber de información destaca que "no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error". Más adelante pone en relación el deber de información con las dos notas exigidas para apreciar el error vicio. En cuanto a la primera dice que "el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero". Y respecto a la excusabilidad: "al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente". Esta doctrina se reitera en las posteriores sentencias del Tribunal Supremo 384/2014 y 385/2014, ambas de 7 de julio, de 8 de julio de 2014 y de 15 de diciembre de 2014.

La prueba de una correcta información incumbe a la entidad bancaria por aplicación del criterio de facilidad y disponibilidad probatoria (artículo 217.7 LEC), en atención a su mayor conocimiento del mercado, a su situación de superioridad en la contratación y a la imposibilidad de demostrar un hecho negativo como es la falta de información (prueba diabólica), sin olvidar que la diligencia que les es exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de sus clientes.

CUARTO.- La sentencia apelada, en una correcta valoración, concluye que la prueba practicada no permite acreditar la información previa al contrato, sencilla, clara y no engañosa exigida en atención al perfil del actor, como se dijo minorista, carente de conocimientos financieros, desde luego no presumibles por su trabajo como funcionario de justicia y amparado, en su condición de **consumidor**, por la normativa protectora contenida en la ley general de **consumidores** y usuarios cuyo artículo 2.1 reconoce como derecho básico del **consumidor** la información correcta sobre los productos o servicios.

Valora el órgano "a quo" el contenido de las órdenes de compra de las subordinadas adquiridas en los años 2005 y 2006; la ausencia, en los correspondientes documentos, de información suficiente para conocer el alcance y riesgos de las subordinadas adquiridas; y la inexistencia de información previa esencial para que el actor, contratante en la creencia de que adquiriría productos a plazo, pudiese tener pleno conocimiento de lo adquirido. El fundamento jurídico quinto de la sentencia recurrida contiene un completo examen de la prueba existente en relación con las obligaciones subordinadas objeto de litis para concluir su insuficiencia a efectos de estimar cumplido el deber de información. Lo mismo cabe decir del análisis que sobre la prueba relativa a las participaciones preferentes contiene el fundamento jurídico sexto. La exhaustiva, completa y certera exposición recogida en ambos fundamentos jurídicos lleva a tenerla por reproducida, sin necesidad de mayores razonamientos, al no haber sido desvirtuada por las consideraciones vertidas en el recurso, basadas en suposiciones sobre el conocimiento por el actor del producto contratado que pretenden deducirse de



hechos que no permiten tal inferencia como son la importancia cuantitativa de las inversiones efectuadas o la dedicación profesional del apelado.

En relación con la información precontractual, indispensable para una adecuada formación del consentimiento, merece significarse que, según dato recogido en la sentencia apelada, no contradicho, la contratación se efectuaba por teléfono, recibiendo después el actor la correspondiente documentación por valija en la oficina de Ciudad Real, donde residía. La STS de 12 de enero de 2015 razona en relación a la información previa al contrato que "la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente".

En definitiva, no cabe sino compartir el criterio del órgano de instancia en orden a una inadecuada e insuficiente información determinante, en adecuada relación causal, del error vicio de consentimiento apreciado. Existe una presunción de error derivada del incumplimiento de la obligación de información que es una obligación activa, no de mera disponibilidad (STS del Pleno de 18 de abril de 2013 , citada en la STS de 26 de febrero de 2015).

Siguiendo la doctrina sentada en las sentencias del pleno del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 y 12 de enero de 2015 el error es esencial porque recae sobre las cualidades sustanciales del producto y es excusable porque la entidad bancaria no proporcionó de forma comprensible y adecuada la información de que estaba necesitado el cliente. La nota de excusabilidad guarda íntima relación con la confianza depositada en la entidad demandada por él y con la diligencia exigible a cada contratante, como ya se dijo en la actora la de un buen padre de familia (1104 CC), en la entidad apelante la de un ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes. Desde esta perspectiva, no cabe exigir a la parte apelada mayor diligencia que contratar con quién tiene conocimientos específicos en la materia, amparándose en la confianza que le merecía la entidad bancaria en razón a ese conocimiento y a su condición de cliente.

QUINTO.- El motivo tercero se halla igualmente abocado al fracaso. La antes mencionada STS del Pleno de 12 de enero de 2015 define la confirmación del contrato anulable como la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración.

Según el artículo 1311 CC , se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tuviere derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo. El término "necesariamente" alude a los actos inequívocos o concluyentes con eficacia jurídica que constituyen la base de la doctrina de los actos propios, basada en el principio de buena fe que consagra el artículo 7.1 CC . Su aplicación "debe ser muy segura y ciertamente cautelosa", dice la STS de 1 de julio de 2011 y exige la concurrencia de los siguientes requisitos, puestos de relieve en la STS de 26 de abril de 2015 : i) que el acto que se pretenda combatir haya sido adoptado y realizado libremente; ii) que exista un nexo causal entre el acto realizado y la incompatibilidad posterior; iii) que el acto sea concluyente e indubitado, constitutivo de la expresión de un consentimiento dirigido a crear, modificar o extinguir algún derecho generando una situación desacorde con la posterior conducta del sujeto. por su parte, la STS de 6 de febrero de 2015 , con cita de otras muchas, recuerda que la aplicación de la doctrina de los actos propios exige la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, siendo insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca.

A la luz de la jurisprudencia expuesta carecen de la virtualidad pretendida los hechos que se invocan en el recurso como indicativos de la confirmación contractual.

Los rendimientos obtenidos durante la vigencia del contrato son compatibles con la finalidad de obtención de un beneficio que es, en definitiva, la perseguida por un cliente al depositar sus ahorros en una entidad bancaria. El comportamiento inicial es lógico en tanto el cliente no alcanza a percibir el error en que ha incurrido, siendo desde que tiene conocimiento del mismo cuando manifiesta su voluntad de dejar sin efecto la operación. Según reiterada jurisprudencia no es aplicable la doctrina de los actos propios en supuestos de error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia ya que el consentimiento viciado es incompatible con la exigida intención manifiesta (por todas, STS 28 de septiembre de 2009). Por último, el montante empleado en la adquisición revela simplemente una elevada capacidad económica compatible con el error que se aprecia.

SEXTO. - La misma suerte merece el motivo cuarto. Según el artículo 1301 CC , el plazo de cuatro años que establece para la caducidad de las acciones de anulabilidad empezará a correr, en los casos de error, desde la



consumación del contrato, momento que no se corresponde con la suscripción de la orden de valores, frente a lo sostenido en el recurso.

Tradicionalmente viene distinguiéndose tres fases en los contratos: generación, perfección y consumación. La primera comprende las negociaciones preliminares; la segunda se produce con el consentimiento, manifestado por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa (artículos 1258 y 1262 CC); la consumación tiene lugar con la realización de todas las obligaciones dimanantes del contrato o, dicho de otra forma, cuando se extingue por hallarse completamente cumplidas las prestaciones. En este sentido se pronuncia la STS de 11 de junio de 2003 , con cita de numerosas precedentes jurisprudenciales, algunos de ellos referidos a contratos de tracto sucesivo, como los discutidos ("el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquel ha sido satisfecho"... "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no empieza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó").

La STS del Pleno de 12 de enero de 2015 , recuerda la doctrina jurisprudencial mantenida en la STS de 13 de junio de 2003 y razona que "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". Y añade "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 analizado no consta el transcurso de cuatro años desde que el actor tuvo verdadero conocimiento de lo contratado.

SEPTIMO.- El rechazo del recurso determina la imposición de costas de la alzada a la parte apelante (artículo 398 LEC), así como la pérdida del depósito constituido para apelar (disposición adicional 15ª LOPJ).

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

FALLO:

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad NCG Banco, S.A., el procurador de los tribunales D. José Antonio González Neira, contra la sentencia, de fecha 28 de mayo de 2014, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ribadavia , en autos de Juicio Ordinario nº 30/14, Rollo de apelación nº 385/14, resolución que se mantiene en sus propios términos, con imposición a la parte apelante de las costas de la alzada

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

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas optar, **en su caso**, por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal y casación por interés casacional, dentro de los veinte días siguientes al de su **notificación** ante esta Audiencia Provincial

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