



Roj: **SAP OU 395/2015 - ECLI:ES:APOU:2015:395**

Id Cendoj: **32054370012015100212**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **15/06/2015**

Nº de Recurso: **456/2014**

Nº de Resolución: **217/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA JOSE GONZALEZ MOVILLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OURENSE

APELACIÓN CIVIL

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

SENTENCIA NÚM. 00217/2015

En la ciudad de Ourense a quince 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 A Pobra de Trives, seguidos con el n.º 26/14, Rollo de apelación núm. 456/14, entre partes, como apelante la entidad NCG Banco, S.A., representada por la procuradora de los tribunales D.^a Leticia M^a Domínguez Fortes, bajo la dirección del letrado D. Adrián Dupuy López y, como apelado, D. Gabino , representado por el procurador de los tribunales D. Enrique Tovar López-Cuevillas, bajo la dirección del letrado D. José Díaz Ocampo.

Es ponente la Ilma. Sra. D.^a M^a José González Movilla.

I - ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de A Pobra de Trives, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 1 de septiembre d 2014 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO:** Que estimando íntegramente la demanda formulada por la representación procesal de D. Gabino frente a **NO VAGALICIA BANCO, S.A.U. (NCG BANCO, S.A.U.)**, debo declarar y declaro la nulidad de pleno derecho de la orden de valores de 1 de abril de 2009 (documento 17 de la contestación).

En consecuencia, condeno a la demandada a devolver a la parte actora la cantidad que falta por abonar del capital invertido en la orden nula tras la venta al Fondo de Garantía de Depósitos, más los intereses legales computados en la forma descrita en el fundamento de derecho sexto de esta resolución e intereses del 576 Ley de Enjuiciamiento Civil desde sentencia.

Por su parte, el demandante ha de restituir a la demandada la cantidad percibida en concepto de rendimientos brutos por los valores ahora declarados nulos.

Todo ello con expresa imposición de costas a la demandada ."

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

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



II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El demandante Don Gabino , actuando en su propio nombre y en beneficio de la comunidad de bienes que forma con su hermano Don Maximo , solicita en el procedimiento del que el presente recurso trae causa que se declare la nulidad del contrato en virtud del que adquirió la titularidad de 75 títulos de participaciones preferentes de la entidad Caixa Galicia, absorbida por NCG Banco SA, por un valor nominal de 75.000 euros. Se indica en la demanda que el actor es cliente de la entidad demandada, concretamente de la oficina de Caixa Galicia, sita en Puebla de Trives, desde hace muchos años, contratando siempre depósitos de ahorros a la vista o a plazo, confiando siempre en los empleados de la sucursal al carecer de todo tipo de conocimientos financieros. En el año 2009, tras ordenar la colocación de sus ahorros en un plazo fijo, firmó toda la documentación que en la entidad le pusieron a la vista. Cuando fue a retirar una parte de sus ahorros, los empleados de la sucursal le indicaron que ello no era posible al haber sido invertidos en participaciones preferentes. Al desconocer ese producto pidió que le entregasen toda la documentación relativa a esa contratación, apareciendo que el día 17 de febrero de 2003 suscribió un contrato de depósito y administración de valores y, en base al mismo, firmó una orden de valores el día 1 de abril de 2009 en virtud de la que adquirió 75 títulos del valor denominado PAR PREFERENTES CAIXA GALICIA PREFERENTES, EM 18-05-09, por un valor nominal de 75.000 euros. Pues bien, manifestando el actor desconocer la realización de esa operación al considerarse únicamente titular de depósitos tradicionales, solicita la nulidad del contrato suscrito basando su demanda en la infracción de las normas relativas a la información al cliente y en la existencia de un error como vicio del consentimiento, al no haber sido nunca informado de las características y de los riesgos del producto adquirido. La entidad demandada se opuso a la demanda alegando, en primer lugar, la caducidad de la acción ejercitada al haber transcurrido más de cuatro años desde la fecha de la contratación hasta el momento de interponer la demanda, conforme al artículo 1301 del Código Civil ; y en cuanto al fondo, sostiene que el error invalidante del consentimiento carece de base alguna pues el actor tenía conocimiento suficiente de lo que suscribía y tomó la decisión de invertir en participaciones preferentes con la finalidad de buscar mayor rentabilidad a sus ingresos, producto de cuyas características fue debidamente informado por los empleados de la entidad y a través de la documentación contractual suscrita y del tríptico resumen del folleto informativo de la emisión que le fue entregado. Por otro lado, mantiene también la entidad que desde que se había contratado el producto hasta el momento de presentación de la demanda, el demandante percibió los correspondientes intereses sin manifestar protesta, reclamación o reparo, pretendiendo dejar sin efecto el contrato desde el momento en que dejó de percibir intereses o el valor de los mismos decayó. Por todo ello solicitó la desestimación de la demanda, o, en caso de estimación, que se obligase al actor a devolver los intereses percibidos como rendimiento de los productos. En la sentencia dictada en primera instancia se estimó la acción de nulidad deducida y, declarando nulo el contrato, se condenó a la entidad bancaria a devolver la suma invertida más los intereses legales devengados desde la fecha del contrato, deduciéndose el importe percibido como remuneración con arreglo al referido contrato. La entidad demandada, disconforme con dicha resolución, interpone el presente recurso de apelación basado en los siguientes motivos: vulneración de los artículos 1261 y 6.3 del Código Civil , al declarar que existe nulidad de pleno derecho por infracción de normas imperativas y prohibitivas por parte de la entidad; infracción de los artículos 316 , 326 y 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , al valorar las pruebas consistentes en documentos privados y prueba testifical de forma ilógica e irrazonable; vulneración de los artículos 1309 , 1311 y 1313 del Código Civil y de la doctrina general de los actos propios al no declarar la existencia de una confirmación tácita en la conducta posterior a la contratación por parte del recurrido; e infracción de los artículos 1303 y 1307 del Código Civil , pues la sentencia recurrida no restituye a ambas partes a la situación patrimonial que tenían antes de la contratación. El apelado se opuso al recurso solicitando la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Se alega por la entidad recurrente, como primer motivo de impugnación la vulneración e interpretación errónea del artículo 1301 y concordantes del Código civil , en que considera que ha incurrido la sentencia de instancia al no haber apreciado la caducidad de la acción de nulidad ejercitada en relación a la primera suscripción de participaciones preferentes, pues desde la consumación del contrato de adquisición de las mismas, mediante orden de valores de fecha 1 de abril de 2009 hasta la presentación de la demanda había transcurrido con creces el plazo de cuatro años que para el ejercicio de tal acción establece el mencionado precepto legal.

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

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2003 aclara la cuestión, con amplia remisión a otros muchos precedentes jurisprudenciales, señalando: "En orden a cuando se produce la consumación del contrato



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

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

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

TERCERO.- Pretendiéndose en la demanda iniciadora de este procedimiento que se declare la nulidad de los contratos u operaciones de suscripción de participaciones preferentes, para determinar si en su celebración han concurrido todos los requisitos esenciales de validez de los contratos es preciso examinar la naturaleza y el carácter de tales operaciones. Las participaciones preferentes son valores emitidos por una entidad para obtener financiación empresarial a largo plazo que constituyen lo que se conoce como "híbrido empresarial", a mitad de camino entre las acciones y las obligaciones o bonos. No otorgan a sus tenedores una verdadera participación en la entidad, aunque, desde el punto de vista contable, se asemejan a las acciones, pues ambas son recursos propios de la entidad que las emite, pero se diferencian de éstas en elementos tales como que no conceden derechos políticos a su titular, lo que supone que al no otorgar derecho a participar en los órganos sociales de la entidad emisora de las participaciones, no se permite a su titular participar en el control del riesgo asumido, ni tampoco otorgan un derecho de suscripción preferente respecto de futuras emisiones. Se trata generalmente de valores de carácter perpetuo, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del Banco de España. Tienen una remuneración generalmente fija en un primer período para hacer la emisión atractiva a los mercados, y variable durante el resto de la vida del producto, condicionándose la remuneración a la obtención de beneficios distribuibles por parte del emisor o de su grupo, y no es acumulable, es decir, si no se percibe en un período, el inversor pierde el derecho a recibirla. En cualquier caso, esa rentabilidad, de la misma forma que el capital invertido, no están garantizados; ni el Fondo de Garantía de Depósitos ni ninguna otra entidad garantizan la inversión y su rentabilidad está vinculada a los resultados de la entidad. Las participaciones preferentes no cotizan en Bolsa, sino que se negocian en un mercado secundario organizado, incluso pueden contar con un contrato de liquidez, pero ésta es limitada, y no siempre es fácil deshacer la inversión, dependiendo de las fluctuaciones del mercado y de la propia situación económica de la entidad emisora. Si ésta no obtiene beneficios y deja de abonar intereses a los titulares de las participaciones preferentes, no existirá mucha demanda al menos por su valor nominal; como tampoco habrá compradores y será más difícil venderlas si se produce un alza de los tipos de interés o los rendimientos ofrecidos por otras entidades financieras o entes públicos por otros productos. Se trata, por tanto, de un instrumento de riesgo elevado que puede generar rentabilidad pero también pérdidas en el capital invertido, dependiendo de la situación del mercado, del emisor y de las condiciones financieras del producto. A pesar de que se denominan preferentes, en orden a la recuperación de los créditos en caso de insolvencia de la entidad, se sitúan por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados y por delante



de las acciones ordinarias, hallándose al mismo nivel que el resto de las participaciones preferentes emitidas o que pudiera emitir en el futuro la entidad. Estos valores constituyen instrumentos de inversión complejos y de elevado riesgo. De esa complejidad advierte ya la Disposición adicional segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros (en la redacción dada por la Ley 6/2011, de 11 de abril) al establecer las condiciones exigidas a las entidades de crédito para que puedan computar participaciones preferentes como recursos propios, y por ese mismo carácter, recientemente, el Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, en su Exposición de Motivos, concretamente en su apartado IV, especifica que deben adoptarse medidas de protección del inversor de manera que el Real Decreto-ley dé respuestas decididas en relación a la comercialización de instrumentos híbridos y otros productos complejos para el cliente minorista, entre los que se incluyen las participaciones preferentes, con el fin de evitar que se reproduzcan prácticas irregulares ocurridas durante los últimos años, en los que, como se señala en el Estudio sobre Participaciones Preferentes del Defensor del Pueblo de marzo de 2013, la innovación de los productos financieros, la asimetría informativa y de conocimiento del mercado, junto a la preocupación de los poderes públicos de procurar mecanismos de capitalización a las entidades con el fin de garantizar solvencia y estabilidad a los mercados, han propiciado el ambiente idóneo para la distribución entre ahorradores de instrumentos inadecuados a sus necesidades, a su perfil como inversor y, en muchas ocasiones, a sus deseos, comercializándose como una alternativa a los depósitos a plazo, sin informar debidamente de las características del producto, todo lo que ha generado una situación en el mercado de desconfianza sobre la actividad de las entidades y la proliferación de reclamaciones judiciales como la litigiosa.

El riesgo y la complejidad de estos productos ha determinado que la que la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en su Guía para la verificación de operaciones de renta fija, haya recomendado que cuando se dirijan al público en general, se entregue al inversor, para garantizar la información, un resumen de las características en formato tríptico que el inversor debe devolver firmado. De todo lo expuesto ha de destacarse finalmente, como conclusión, que tanto las participaciones preferentes como las obligaciones subordinadas, por su naturaleza, sus características, su liquidez y el riesgo que conllevan, no constituyen un instrumento típico de ahorro, sino un producto de inversión. Los ahorradores colocan su dinero en bienes o productos que ofrecen total o casi total garantía de restitución del capital en un breve plazo de tiempo (imposiciones a plazo, fondos garantizados y deuda pública), y los inversores buscan elevados rendimientos arriesgándose a perder parte o incluso la totalidad del capital invertido (acciones cotizadas, fondos no garantizados, participaciones preferentes y obligaciones subordinadas). Lo que ha ocurrido en los últimos años con estos dos últimos tipos de instrumentos es que se distribuyeron por las entidades financieras a ahorradores que pensaban que tenían invertido su dinero en un depósito tradicional, sin ningún tipo de riesgo, y se vieron sorprendidos al descubrir que lo que tenían eran instrumentos de inversión con un elevado riesgo.

CUARTO.- En cuanto al régimen jurídico aplicable a contratos como los aquí discutidos resultan de aplicación, en primer término, las normas del Código Civil referidas a los contratos, fundamentalmente a sus elementos esenciales y a las consecuencias de su ausencia (artículos 1.258 y 1.261 y siguientes), las disposiciones de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, ya que en el ámbito financiero el contenido de los contratos se encuentra predeterminado por el emisor e incluido en condiciones generales, y además, en tanto el inversor suele ser una persona física o jurídica que no actúa en el ámbito de una actividad profesional o empresarial, también será de aplicación el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios y otras leyes complementarias, la cual establece en su artículo 60. 1 que antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del **consumidor** y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo. Pero la protección minorista no termina en esta fase precontractual con el deber de una adecuada información al potencial cliente con carácter previo a la firma, sino que se completa con la protección que dispensa la ley al **consumidor** de un contrato de adhesión. Por ello, utilizándose de forma generalizada en el sector bancario esta clase de contratos, con condiciones generales que ha de aceptar el cliente si quiere obtener el servicio ofertado, la misma ley impone una serie de requisitos exigibles a las cláusulas no negociadas individualmente:

- a) concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual;
- b) accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al **consumidor** y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido; y



c) buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas. La complejidad de estos productos y su riesgo conllevan la necesidad de que las entidades que los ofertan sean especialmente diligentes al informar a los **consumidores** sobre sus características, haciéndolo de forma clara y precisa para que puedan prestar su consentimiento sin posibilidad de error alguno. El cumplimiento de esta obligación, que aparece en diversas disposiciones normativas según seguidamente se verá, ha de ser acreditado por la propia entidad bancaria, que dispone de los medios apropiados para ello, siendo inexigible al cliente probar un hecho negativo como sería la ausencia de información veraz y suficiente, en aplicación de los principios de facilidad y disponibilidad probatoria del artículo 217. 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . En el ámbito concreto de los servicios financieros, la actividad de las entidades comercializadoras de estos productos está sujeta a la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, cuyo artículo 1 define su objeto como la regulación de los sistemas españoles de negociación de instrumentos financieros, estableciendo a tal fin los principios de su organización y funcionamiento y las normas relativas a los instrumentos financieros objeto de su negociación y a los emisores de esos instrumentos. La finalidad de la Ley comprende también la conducta de los que operan en el mercado prestando servicios de inversión y velar por su transparencia, mediante la imposición de obligaciones, conteniendo también normas disciplinarias. La Ley del Mercado de Valores, de 28 de julio de 1988, en su artículo 78 bis, obliga a las empresas de servicios de inversión a clasificar a sus clientes en profesionales y minoristas, definiéndose estos últimos por defecto o exclusión: se considerarán clientes minoristas todos aquellos que no sean profesionales, imponiendo a las entidades obligaciones diferentes en función de dicha clasificación. Asimismo, el Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, que desarrolla parcialmente la citada Ley en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos, realiza una clasificación aún más detallada en sus artículos 38 y 39, al distinguir entre tres clases de inversores en valores negociables: el inversor o cliente minorista, el inversor iniciado o experto y el inversor cualificado. La Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, transpuso al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, MIFID, Markets in Financial Instruments Directive, que ha sido desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero. Con la nueva regulación se profundizó en la protección a la clientela a través del incremento y la precisión de las obligaciones de las entidades financieras. El artículo 79, párrafo primero, señala que las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en la Ley y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo. Las obligaciones de información se desarrollan detalladamente en el artículo 79 bis, que establece: Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias. En el caso de valores distintos de acciones emitidos por una entidad de crédito, la información que se entregue a los inversores deberá incluir información adicional para destacar al inversor las diferencias de estos productos y los depósitos bancarios ordinarios en términos de rentabilidad, riesgo y liquidez. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Ahondando más en las obligaciones concretas de información, el citado artículo, en sus apartados 6 y 7, expresa que la empresa de servicios de inversión que asesore, coloque, comercialice o preste cualquier clase de servicio de inversión sobre tales valores complejos debe cumplir las siguientes obligaciones:

- a) Obligación de obtener la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate, y sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquél, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan;
- b) Deber de abstenerse de recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente minorista cuando la entidad no obtenga la referida información;
- c) Deber de solicitar al cliente minorista información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente;



d) Obligación de advertir al cliente que el instrumento financiero no es adecuado para él si, sobre la base de esa información, la entidad así lo considera;

e) En caso de que el cliente no proporcione la información requerida o ésta sea insuficiente, la entidad tiene el deber de advertirle de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él. Esta obligación de información es también ampliamente detallada en los artículos 60 y 64 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, que desarrolla la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, que transpuso a nuestro ordenamiento jurídico las previsiones de la Directiva 2004/39/CE, conocida como Directiva MIFID. Mediante esta regulación se introdujeron reglas detalladas para la calificación y clasificación de productos por su comercialización, obligándose a las entidades a realizar un test sobre conocimientos financieros y experiencia del inversor. Con el test de idoneidad se pretende que la entidad cuente con información suficiente sobre el cliente para que le sirva de base para asegurarse de que la recomendación que realiza es la adecuada, tanto para alcanzar los pretendidos objetivos de inversión del cliente como para delimitar el riesgo que es capaz de asumir. En caso de resultar que el instrumento financiero no es idóneo, la entidad debe abstenerse de recomendarlo. El test de conveniencia busca que la entidad se cerciore de que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos suficientes en relación a un determinado tipo de producto, de forma que comprenda los riesgos; pero si el test es negativo, la norma sólo impone a la entidad la obligación de advertirlo, pudiendo comercializarse el producto si el cliente lo solicita, previa constancia de las advertencias oportunas al mismo. Además, la entidad debe poner a disposición del inversor un tríptico resumen del folleto de la emisión con el fin de informarle sobre los riesgos del producto que va a adquirir, en el que figurarán sus características. En suma, se imponen de forma clara estrictas obligaciones a las entidades comercializadoras en orden a suministrar a sus clientes, de manera conveniente, información de la naturaleza, riesgos, condiciones económicas y demás características de los instrumentos que les ofrecen, exigencia lógica derivada de la innovación de los productos financieros, la asimetría informativa y de conocimiento del mercado entre entidades y clientes, y la aparición de productos complejos propiciada por las exigencias de capitalización de los organismos públicos a las entidades con el fin de garantizar la solvencia y la estabilidad de los mercados.

QUINTO.- En la sentencia dictada en la instancia se declaró la nulidad de pleno derecho del contrato que une a las partes al considerarse acreditado que la entidad incumplió las obligaciones que la normativa reguladora del sector bancario y financiero le imponía, pero tal conclusión no se comparte pues la existencia de un incumplimiento formal de esos deberes de naturaleza no cabe derivar sin más la nulidad del contrato. La jurisprudencia se ha ocupado con cierta reiteración de la cuestión relativa a la relación existente entre una norma administrativa que impone unas determinadas obligaciones de forma imperativa y la validez de acuerdos civiles que contradigan esa regulación. La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2009 que recuerda la jurisprudencia de la Sala declara que, cuando analizando la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez (STS de 25 de septiembre de 2006) y no es obstáculo a la entidad que la prohibición administrativa no tenga carácter absoluto (STS de 31 de octubre de 2007). Por tanto en sí mismo el incumplimiento de los deberes de información no lleva a la nulidad absoluta del contrato, siendo preciso examinar si de ese incumplimiento puede derivarse la existencia de un error en el consentimiento, tal y como ha sostenido el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de enero de 2014, al declarar que "por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información 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".

Con carácter subsidiario se solicita la nulidad en base a un error contractual que se había producido al haber suscrito participaciones preferentes, cuando lo que creían haber contratado era un depósito tradicional. Según el artículo 1261 del Código Civil no hay contrato sino cuando concurren tres elementos: consentimiento, objeto y causa. Respecto del consentimiento, el artículo 1.265 lo declara nulo cuando, entre otras causas, ha sido prestado por error; pero no todo error determina la nulidad de un contrato, pues para que invalide el consentimiento y dé lugar a la nulidad, el artículo 1.266 exige que deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error constituye un falso conocimiento de la realidad, y para que pueda provocar la nulidad del contrato debe reunir los requisitos siguientes: que sea sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga y se refiera a las cualidades esenciales de la cosa, no pudiendo constituir este vicio el mero error de cálculo o de las previsiones negociales; que no sea imputable al que lo padece, ni haberse podido evitar mediante el empleo de una diligencia media o regular, teniendo en cuenta la condición de las



personas; y que quede suficientemente acreditado en las actuaciones como cuestión de hecho. Respecto de la exigencia de diligencia, desde hace años ya existe jurisprudencia asentada que especifica que, en términos generales, se utiliza el criterio de imputabilidad del error a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y que la diligencia se aprecia, además, teniendo en cuenta las condiciones de las personas, debiendo exigirse mayor diligencia a un profesional o a un experto que a una persona inexperta en negociaciones con un experto. A la vista de lo expuesto es preciso analizar seguidamente si los actores prestaron verdadero consentimiento a la suscripción de participaciones preferentes, o si realmente, como mantienen, en ningún momento fueron informados de esos productos, creyendo, erróneamente, que contrataban meros depósitos tradicionales.

Pues bien, el actor Don Gabino contrató 75 títulos de participaciones preferentes de la entidad Caixa Galicia, por un importe de 75.000 euros, siendo preciso examinar si el mismo actuó suficientemente informado y prestó su consentimiento sabiendo con exactitud qué era lo que contrataba. La entidad mantiene que cumplió su obligación de información a través de las explicaciones presenciales de los empleados de la entidad, de la documentación contractual suscrita por el actor y la entrega del tríptico resumen del folleto informativo de la emisión que le fue entregado.

En relación a la información verbal, compareció como testigo la subdirectora de la oficina que comercializó el producto, Doña Debora , que afirmó que las participaciones preferentes se las ofreció ella manifestándole que eran como un tipo de depósito, con total disponibilidad, pudiendo recuperar lo invertido en una semana o quince días y que el actor buscaba un producto con capital garantizado, que no era especulador, llegando finalmente a reconocer que fue totalmente engañado. No existe constancia alguna de que tal información totalmente errónea hubiera sido rectificadora o corregida mediante la documentación contractual suscrita. Es cierto que obra en autos un test Mifid, pero además de que la subdirectora afirmó que no se realizaron al demandante las preguntas que en el mismo se consignan, el resultado es que el producto no era conveniente para el cliente y pese a ello fue comercializado, cuando la normativa sectorial imponía en ese caso a la entidad abstenerse de venderlo, no siendo suficiente para exonerarse de responsabilidad la declaración del cliente sobre la inadecuación del producto a su perfil, conforme a la evaluación realizada, pues tal declaración puesta en la orden de suscripción, tras una serie de párrafos en letra muy pequeña, sin firmar, posiblemente ni siquiera fue leída por el demandante ni mucho menos asumida, según puede deducirse de las declaraciones de la empleada de la entidad sobre la forma de comercialización del producto. La documentación contractual suscrita en el momento de adquisición de los productos no resulta suficiente para estimar cumplido el deber de información exhaustiva y veraz y de la misma no puede inferirse que el cliente hubiese comprendido la naturaleza y alcance de la operación realizada. Mantiene el actor que lo que creyó que contrataba era un depósito tradicional y el error es perfectamente comprensible si tenemos en cuenta que los contratos que firmó, en cada una de las operaciones, se encabezan como CONTRATO DE DEPOSITO O ADMINISTRACION DE VALORES; salvo que se tuvieran conocimientos en la materia, en principio, cualquier persona inexperta podría entender que los documentos que firmaba eran contratos de depósito tal y como suponía y se recogía en el enunciado. En dichos contratos ninguna referencia se hace a las características y riesgos de las participaciones preferentes, pues los mismos no son más que eso, un depósito que puede servir de soporte a este producto y a cualquier otro producto financiero. Las órdenes de compra contienen menciones relativas a la identificación del ordenante, número de cuenta, valor adquirido, número de títulos, valor unitario y valor nominal total, con una genérica referencia en la primera operación a los riesgos de la emisión, no pudiendo deducirse de tales datos que el cliente tuviera real conocimiento de lo que suscribía, cuando además en las propias órdenes ni siquiera se recoge la expresión "suscripción de participaciones preferentes", describiéndose los valores adquiridos como PAR. PREFERENTES CAIXA GALICIA PREFERENTES, EM 18-05-09 expresiones que ninguna información podían proporcionar a una persona ajena a los mercados financieros.

Consta en autos un tríptico informativo de la emisión firmado por el actor el mismo día de la suscripción de las participaciones preferentes del año 2009, el cual no cumple la finalidad para la que la obligación de entrega se impuso a las entidades financieras. Esa finalidad no se cumple si se facilita en el mismo momento de suscribir el contrato pues ello es indicativo de que ni siquiera pudo ser leído, teniendo en cuenta además que se trata de un documento con un amplio contenido y términos muy técnicos que no son de fácil comprensión para cualquier persona. El problema que ello ha suscitado ha tratado de solucionarse introduciendo en la Disposición Final tercera del Real Decreto-Ley 24/2012, de 31 de agosto, de modificación de la Ley del Mercado de Valores, la obligación de redactar el folleto informativo en lenguaje no técnico, con información precisa sobre las diferencias de productos como los litigiosos y los depósitos bancarios ordinarios en términos de rentabilidad, riesgo y liquidez. Y en el estudio sobre participaciones preferentes elaborado por el Defensor del Pueblo, de marzo de 2013, entre sus recomendaciones aconseja el establecimiento de un período mínimo de reflexión, previo a la contratación de determinados productos, que permita al inversor adoptar una decisión



más y mejor informada, tras haber comprobado que muchas veces la premura en la firma de los contratos ha llevado a suscribir inversiones no deseadas.

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

Finalmente, la demandada mantiene también que el demandante era conocedor de los productos de riesgo pues con anterioridad había invertido sus ahorros en diversos fondos de inversión, obligaciones subordinadas y bonos; de lo que deducía que tenía conocimientos en los mercados financieros. Este argumento, sin embargo, no invalida la teoría mantenida por el actor referente a su total desconocimiento de lo firmado, pues perfectamente podía entenderse que la confianza depositada en los empleados de la sucursal le permitía realizar operaciones que, según éstos, le reportaban rendimientos a sus ahorros, desconociendo el contenido y los riesgos asumidos en las diversas operaciones. En cualquier caso se trata de productos diferentes a los aquí discutidos, siendo posible que el actor hubiese prestado su consentimiento viciado en todas esas operaciones.

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

Por tanto, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil, declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia de contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes. Esto supone que la entidad demandada debe restituir a Don Gabino la cantidad de 75.000 euros, más los intereses más los intereses que produjeron dichas cantidades, a lo que se refiere el citado precepto al hablar de los frutos y el precio con los intereses. Y es que resulta necesario diferenciar los intereses contemplados en el artículo 1.303 del Código Civil, establecidos como consecuencia directa e inmediata de la retroactividad contemplada en el artículo citado, de los intereses del artículo 1.108 del texto sustantivo. Así lo manifestó el Tribunal Supremo en la Sentencia de 23 de noviembre de 2011, donde reconoce que los intereses del artículo 1.303 no requieren petición expresa del acreedor por ser consecuencia necesaria de la declaración de nulidad, declarando que los intereses moratorios han de ser solicitados por las partes, de modo que no pueden los tribunales condenar a su pago de oficio sin incurrir en incongruencia. Por el contrario, para hacer efectivas las consecuencias restitutorias de la declaración de ineficacia de un contrato ejecutado íntegramente o en parte, y para impedir, en todo caso, que queden a beneficio de uno de los contratantes las prestaciones que del otro hubiera recibido, con un evidente enriquecimiento sin causa, la jurisprudencia (Sentencias 105/1990, de 24 de febrero; 120/1992, de 11 de febrero; 81/2003, de 11 de febrero; 812/2005, de 27 de octubre; 934/2005, de 22 de noviembre; 473/2006, de 22 de mayo; entre otras) considera innecesaria la petición expresa del acreedor para imponer la restitución de las prestaciones realizadas, con inclusión de sus rendimientos, en cumplimiento del principio "iura novit curia" y sin incurrir en incongruencia, al considerar que se trata de una consecuencia directa e inmediata de la norma que atribuye retroactividad al efecto liberatorio derivado de la declaración de ineficacia. Añade esta Sentencia que no siempre los intereses constituyen el objeto de una prestación indemnizatoria; antes bien, en ocasiones se consideran frutos o rendimientos de un capital a los que, por virtud de la presunción de productividad de éste, tiene derecho el acreedor, en aplicación de las reglas sobre la restitución integral de las prestaciones realizadas en cumplimiento de los contratos declarados ineficaces y, al fin, sobre la interdicción del enriquecimiento sin causa. Por esta razón son los intereses contemplados en el artículo 1.303 los concedidos a la parte actora, computándose desde las fechas de celebración de los contratos, tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2012: los efectos de la resolución del contrato se



producen desde el momento en que se celebró, por tanto, con efectos retroactivos. La Sentencia del Tribunal Supremo 315/2011, de 4 de julio, aplica la doctrina del efecto retroactivo de la resolución contractual, lo que supone que ésta tiene lugar no desde el momento de la extinción de la relación, sino desde la celebración del contrato, lo que implica volver al estado jurídico preexistente al mismo, con obligación de cada parte de restituir las cosas o prestaciones que hubiera recibido. Esto es así porque la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos producidos, como se halla establecido en el artículo 1.295 del Código Civil para el caso de rescisión, precepto al que expresamente se remite el artículo 1.124 del texto sustantivo, que, como se ha dicho, ha de entenderse aplicable a la resolución del contrato de compraventa de inmuebles, y también en los artículos 1.123 y 1.303 para el caso de nulidad. Igual que ocurre con la entidad demandada, los demandantes también deben restituir las cosas que hubiesen sido materia del contrato, lo que se traduce en la obligación de D. Gabino de devolver lo que hubieran recibido en concepto de intereses obtenidos por los productos financieros cuya contratación ahora se declara nula, más los intereses devengados por esas cantidades desde las fechas de sus respectivos devengos, revocándose la resolución apelada únicamente en relación a tal extremo.

SEXTO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 398, en relación con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se hace expreso pronunciamiento en costas.

Procede, finalmente, decretar la devolución a la parte recurrente de la totalidad del depósito constituido para apelar, en aplicación de la disposición adicional 15ª LOPJ.

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

FALLO:

Se estima la petición subsidiaria contenida en el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad NCG Banco, S.A., la procuradora de los tribunales Dª Leticia Domínguez Fortes, contra la sentencia, de fecha 1 de septiembre de 2014, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de A Pobra de Trives en autos de Juicio Ordinario nº 26/14, Rollo de apelación nº 456/14, cuya resolución se revoca en el único sentido de declarar la obligación del actor de reintegrar a la demandada los intereses devengados por los rendimientos obtenidos del producto suscrito desde la fecha de sus respectivos devengos; sin hacer expreso pronunciamiento en relación a las costas causadas en esta alzada.

Se decreta la devolución a la parte recurrente de la totalidad del depósito constituido para apelar.

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.