



Roj: **SAP C 1557/2015 - ECLI:ES:APC:2015:1557**

Id Cendoj: **15078370062015100340**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santiago de Compostela**

Sección: **6**

Fecha: **15/06/2015**

Nº de Recurso: **90/2014**

Nº de Resolución: **170/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE GOMEZ REY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6 (DESPL)

A CORUÑA

SENTENCIA: 00170/2015

AUDIENCIA PROVINCIAL DE A CORUÑA

SECCIÓN SEXTA

SANTIAGO DE COMPOSTELA

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 90/2014

Ilmo/s. Sr/es. Magistrado/s:

D. ANGEL PANTIN REIGADA -PRESIDENTE-

D. JOSÉ GÓMEZ REY

Dª MARIA PAZ FILGUEIRA PAZ

SENTENCIA

NÚM. 170/15

En SANTIAGO DE COMPOSTELA, a quince de Junio de dos mil quince.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 006, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 171/2013, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 5 de SANTIAGO DE COMPOSTELA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 90/2014, en los que aparece como parte apelante, **NCG BANCO SA.A. (ACTUALMENTE ABANCA CORPORACION BANCARIA SA)**, representado por el Procurador de los tribunales, Sr. LUIS RIEIRO NOYA, asistido por la Letrada Dª PAULA CASAS NOGUEROL, y como parte apelada, **Dª Inés y D. Teodoro**, representados por el Procurador de los tribunales, Sr. BENJAMIN VICTORINO REGUEIRO MUÑOZ, asistidos por el Letrado D. EVARISTO NOGUEIRA PROL; siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. **D. JOSÉ GÓMEZ REY**, quien expresa el parecer de la Sala en los siguientes Antecedentes de Hecho, Fundamentos de Derecho y Fallo .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Seguido el juicio por sus trámites legales ante el XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 5 de SANTIAGO DE COMPOSTELA, por el mismo se dictó sentencia con fecha 21/11/13, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente:

"Estimando la demanda interpuesta por el procurador don Victorino Regueiro Muñoz en nombre y representación de doña Inés y don Teodoro contra la entidad NOVAGALICIA BANCO (NCG BANCO) debo declarar y declaro la nulidad de los negocios de adquisición de obligaciones subordinadas de fecha 3 de marzo de 2008, así como los de fecha 4 de diciembre de 2009 y de 27 de enero de 2010, así como los negocios de



adquisición de participaciones preferentes, de fecha 1 de diciembre de 2009, suscrito por las partes, debiendo las mismas restituirse recíprocamente las prestaciones que hubiesen sido objeto de los mismos, a tenor de las liquidaciones ya producidas y las que se pudieren llegar a practicar hasta la ejecución de sentencia, debiendo abonar la demandada los intereses legales de ciento veintiséis mil setecientos treinta y ocho euros con treinta y siete céntimos (126.738,37 €) a contabilizar desde la fecha de entrega de dicha suma a la demandada. Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada."

SEGUNDO .- Notificada dicha resolución a las partes, por ABANCA CORPORACION BANCARIA SA se interpuso recurso de apelación, que fue admitido y cumplidos los trámites correspondientes, se remitieron los autos originales del juicio a este Tribunal donde han comparecido los litigantes, sustanciándose el recurso en la forma legalmente establecida, y señalándose para la deliberación, votación y fallo el pasado día nueve de junio de dos mil quince, en que ha tenido lugar lo acordado.

TERCERO .- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia apelada,

PRIMERO.-Los términos del litigio.-

Los demandantes, D^a. Inés y D. Teodoro , formulan demanda contra Novagalicia Banco S.A. en la que ejercita acción de nulidad de los negocios de adquisición de obligaciones subordinadas y participaciones preferentes concertados con la demandada en los años 2008, 2009 y 2010, pidiendo que se condene a la entidad demandada a reintegrar a la demandante la cantidad total de 126.738,37 euros, más los intereses legales.

Se basa la pretensión en la nulidad del contrato por error en el consentimiento de la demandante, al no haber proporcionado información suficiente, comprensible y clara, dado que aquellos eran desconocedores del mundo y operaciones financieras y actuaron con entera confianza en el personal de la entidad bancaria de la que eran clientes.

La sentencia de instancia estima la demanda, acordando la nulidad de los negocios y la restitución recíproca de las prestaciones objeto de los mismos. Contra tal pronunciamiento se alza la entidad Novagalicia Banco S.A..

Las alegaciones del recurso son idénticas a las de otros previos en los que se han dilucidado cuestiones similares, con resultado desestimatorio en la práctica totalidad de los casos. Por citar sólo dos sentencias, que sirven de hilo conductor a la que ahora dictamos, cabe mencionar la SAP de A Coruña, Sección 4^a, de 10 de diciembre de 2014 y la SAP de Pontevedra, Sección Sexta, de 18 de mayo de 2015 , última que nos consta publicada. Ambas sentencias son muy similares en su planteamiento y estructura y coincidentes en sus conclusiones.

SEGUNDO.-Las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas.-

La STS de Pleno de 8 de septiembre de 2014, (RCIP 1673/13) define en qué consisten las participaciones preferentes, señalando lo siguiente:

«Las participaciones preferentes son valores atípicos de carácter perpetuo, que contablemente forman parte de los recursos propios de la sociedad que los emite, pero no otorgan derechos políticos al inversor y sí una retribución fija, condicionada a la obtención de beneficios. Esta remuneración se asemeja, de un lado, a la renta fija porque está predeterminada y no es acumulativa, y de otro a la renta variable en la medida en que depende de la obtención de suficientes beneficios. El reseñado carácter perpetuo no impide que la entidad emisora se pueda reservar el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor. De este modo, las participaciones preferentes, que cuando son emitidas por sociedades extranjeras, como es nuestro caso, suelen denominarse "acciones preferentes", vienen a ser un "híbrido financiero", pues combinan caracteres propios del capital y otros de la deuda. En el momento en que se cursaron las órdenes de compra de acciones preferentes cuya nulidad es postulada por las demandantes, en los años 2006 y 2007, se hallaban reguladas en el art. 7 y 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 instrumentos financieros, con la redacción dada respectivamente por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, y por la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales. El art. 7.1 de la reseñada Ley 13/1985 incluye entre la enumeración de los recursos propios de las entidades de crédito y de los grupos consolidados de entidades de crédito, "las participaciones preferentes". Y la disposición adicional segunda de esta misma Ley regula los requisitos que deben cumplir las participaciones preferentes



para que se las pueda considerar recursos propios. Entre ellos destaca, por una parte los que se refieren a quién las puede emitir y bajo qué condiciones (fijarán la remuneración que tendrán derecho a percibir los tenedores de las participaciones, aunque el pago estará condicionado a la existencia de beneficios o reservas distribuibles); en el momento de emisión su importe nominal en circulación no puede ser superior al 30% de los recursos propios; la oferta pública de venta debe contar con un tramo dirigido exclusivamente a clientes profesionales de al menos el 50% del total de la emisión... Otros de los requisitos, junto con el reseñado del derecho a percibir una remuneración fija condicionada a la obtención de beneficios, hacen referencia directamente al producto, y lo configuran: no otorgan a su tenedor derechos políticos ni derechos de suscripción preferente respecto de futuras nuevas emisiones; tienen carácter perpetuo, aunque el emisor podrá acordar la amortización anticipada a partir del quinto año de la fecha de sus desembolso, previa autorización del Banco de España; deben cotizar en mercados secundarios organizados; en caso de liquidación o disolución de la entidad emisora, tan sólo darán derecho a la devolución del valor nominal junto con la remuneración devengada y pendiente de ser pagada. En atención a lo que es objeto del presente recurso, debemos destacar 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».

Respecto de las obligaciones subordinadas, como expone la sentencia apelada, la Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Asturias, de 15 de marzo de 2.013 , dice que: "las obligaciones subordinadas constituyen una mutación o alteración del régimen común de las obligaciones, que obedece al exclusivo propósito de fortalecer los recursos propios de las entidades de crédito y muy especialmente de las Cajas de Ahorros, caracterizándose porque en caso de quiebra o liquidación de la entidad de crédito tales obligaciones-préstamos ocupan un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores y no se reembolsarán hasta que se hayan pagado todas las deudas vigentes en ese momento, constituyendo unos de sus requisitos el que dichos fondos deben tener un vencimiento inicial de al menos 5 años, tras dicho período podrán ser objeto de reembolso, así como que las autoridades competentes podrán autorizar el reembolso anticipado de tales fondos siempre que la solicitud proceda del emisor y la solvencia de la entidad de crédito no se vea afectada por ello. La idea fundamental desde el punto de vista jurídico reside en que la entidad de crédito prestataria y el adquirente inversor prestamista pactan, entre otras condiciones, que tales préstamos ocupen un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores y no se reembolsen hasta que no se hayan pagado todas las demás deudas vigentes del momento y es por ello, como señala la doctrina, por lo que la computabilidad como fondos propios no reside tanto en la titularidad de los recursos captados ni en su funcionalidad, cuanto fundamentalmente en su inexigibilidad. En este producto se pacta no ya que el crédito carece de privilegio alguno, sino que ni siquiera alcanza el estatus de crédito ordinario, se produce un desplazamiento del crédito, de forma que el principio de la "par conditio creditorum" sufre en este caso una excepción contraria a la de los acreedores privilegiados, estamos ante una excepción "en menos" inversa a la de los privilegios, que altera el régimen común de la prelación y que sitúa a las obligaciones subordinadas tras los acreedores comunes del derecho civil citados en el sexto lugar del orden establecido en el art. 913 del Código de Comercio . El precio de la postergación lo constituye el devengo de los intereses más altos que la media del mercado de renta fija privada, de modo que a menor seguridad de tales obligaciones debido a su carácter subordinado debe incrementarse la rentabilidad de las mismas. Así mismo, las obligaciones subordinadas tienen la consideración oficial de producto complejo del art. 79 bis 8.a) de la Ley del Mercado de Valores , si se tiene en cuenta que este precepto considera no complejos dos categorías de valores: una primera, que englobaría los valores típicamente desprovistos de riesgo y las acciones cotizadas como valores ordinarios, cuyo riesgo es de general conocimiento; y una segunda, que considera valores no complejos aquéllos en los que concurren tres condiciones, a saber: que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o variados, por sistemas de evaluación independientes del emisor. Y, finalmente, que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento y que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características que sea comprensible, de modo que permita a un cliente minorista emitir un juicio fundado para decidir si realiza o no la operación".

TERCERO.- Infracción de las normas relativas a la carga de la prueba.-

Tal infracción no se ha cometido, toda vez que el juez a quo, en valoración que compartimos y que ulteriormente analizaremos, considera acreditada la concurrencia de error como vicio en el consentimiento, que sufrió la



actora al contratar las participaciones preferentes objeto de este litigio, con lo que el art. 217 de la LEC , regulador del "onus probandi" no pudo ser vulnerado.

Como recuerda la SAP de A Coruña, Sección 4ª, de 10 de diciembre de 2014 "sólo pueden considerarse violadas las normas distributivas de la carga de la prueba cuando concurren estos dos requisitos: A) un hecho controvertido que no haya sido debidamente acreditado, y B) que se le atribuya en tal caso la carga de su acreditamiento, con sus consecuencias a los efectos decisorios de la litis, a la parte a la cual no le incumbiera la misma".

En este sentido es clara la STS de 29 de marzo de 2012 cuando señala: "Las reglas de distribución de la carga de prueba sólo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quién según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar, y, por tanto, no le corresponde que se le impute la laguna o deficiencia probatoria".

Tal hecho incierto, con respecto a la concurrencia del error, no concurre en el caso que enjuiciamos, en que resulta probada la voluntad viciada de la demandante y no tiene sentido la aplicación del art. 217 de la LEC .

CUARTO.- Infracción de los arts. 324 y 319 sobre error en la valoración de la prueba documental.-

Idéntica alegación, con los mismos errores, fue tratada por la SAP de A Coruña, Sección 4ª, de 10 de diciembre de 2014 . La respuesta, con la que coincidimos, fue la siguiente:

"Tampoco este causal de apelación ha de correr mejor suerte que el anterior, en este caso se alega vulnerado el art. 324 de la LEC , en relación con el art. 319 del mentado texto legal , se trata, desde luego, de un error pues es evidente que se quiso considerar como violado el art. 326, relativo a la fuerza probatoria de los documentos privados.

En definitiva, se está alegando un error en la valoración de la prueba documental practicada, de manera tal que de la misma se deduce, según la recurrente, la plena conciencia del régimen jurídico de los productos adquiridos y de su contenido contractual.

Baste para desestimar el recurso la cita de una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la que es simple expresión la STS 13 de marzo de 2001 , cuando señala que: "la prueba que emana de un documento privado no es superior a las demás pruebas, y por ello no se infringe el citado art. 1225 del Código Civil cuando se pondera su contenido en relación con otras probanzas - STS de 28 de noviembre de 1986 -", en el mismo sentido la STS 26 de octubre de 2006 .

En definitiva, tanto la sentencia recurrida como este Tribunal, al refrendarla, aprecian las pruebas practicadas: documental y testifical en su conjunto, y no de forma aislada o parcial, como se pretende por la parte recurrente, y aplicando postulados exteriorizados derivados de la lógica y la razón, apoyados en máximas de experiencia, sin contener conclusiones absurdas, irracionales, ilógicas o apartadas del resultado de la práctica de las referidas pruebas. Lo que no cabe es valorarlas, como se pretende en el recurso, de forma aislada, de manera divisible e interesada, forma de proceder inválida para fundar una sentencia judicial, por lo que no podemos considerar vulnerados tales preceptos, de manera tal que se considere equivocada la apreciación del error vicio de la voluntad y la vulneración del deber de información de la demandada.

No podemos aceptar que la simple firma de una documentación bancaria sea prueba del cumplimiento del deber de informar y de la inexistencia de error, pues tal conclusión sí que es contraria al principio de la sana crítica".

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

Hemos de recordar, tal y como hace la SAP de Pontevedra, Sección 6ª, de 18/5/2015 que "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".

Como recuerda la citada sentencia las especiales características de las participaciones preferentes, como las de otros productos financieros complejos, requieren de una cuidada y escrupulosa información al **consumidor**. En especial cuando los demandantes no son inversores habituales, y mucho menos de operaciones de



especial y relevante riesgo, ni se conoce que en la entidad bancaria de la que son clientes hubiesen realizado operaciones de similar entidad. Solo garantizaría el conocimiento exacto del producto bien una anterior experiencia inversora o bien el cumplimiento riguroso de los deberes de información a que tiene derecho todo **consumidor**.

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

"El derecho a la información del **consumidor** es manifestación de la buena fe contractual que ha de presidir, no solo la fase de ejecución del contrato, sino también la precontractual (vid. art.65 TRLDCU). Ya el art. 60 del TRLDCU dice que la información que con carácter previo al contrato debe poner el empresario a disposición del **consumidor** ha de ser clara, comprensible, relevante, veraz y suficiente y adaptada a las circunstancias".

Las participaciones preferentes son productos complejos 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" (SAP de Pontevedra, Sección 6ª, de 18/05/2015).

Sobre los deberes de las entidades comercializadoras de productos financieros antes de la entrada en vigor de la Ley 47/2007 se pronunció el Tribunal Supremo, en sentencia de Pelno de 18 de abril de 2013 , señalando "la obligación de recabar información a sus clientes sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión, y la de suministrar con la debida diligencia a los clientes cuyas carteras de inversión gestionan una información clara y transparente, completa, concreta y de fácil comprensión para los mismos, que evite su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata" y destacando que "La información es muy importante en este ámbito de la contratación. De ahí el estándar elevado impuesto al profesional en la normativa que ha sido examinada. El suministro de una deficiente información por parte de la empresa que presta servicios de inversión al cliente puede suponer una negligencia determinante de la indemnización de los daños y perjuicios causados".

Con respecto a los deberes de las entidades comercializadoras después de la entrada en vigor de la normativa MiFID la STS de Pleno de 20 de enero de 2014 tras recordar que existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional, destaca que "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. 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. Para entender bien el alcance de la normativa específica, denominada MiFID por ser las siglas del nombre en inglés de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros (Markets in Financial Instruments Directive), de la que se desprenden específicos deberes de información por parte de la entidad financiera, debemos partir de la consideración de que estos deberes 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 en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar".



En suma, con cita de nuevo de la SAP de Pontevedra de 18/05/2015, "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)".

SEXTO.- El error como vicio del consentimiento.-

Constituye cuestión central de este litigio, saber si el consentimiento prestado por la parte 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, de la mano de la SAP de Pontevedra de 18/05/2005, que hemos citado reiteradamente, repasemos la doctrina jurisprudencial sobre el error:

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

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

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

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



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

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

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

SEPTIMO.- La prueba practicada en el acto del juicio.-

En éste punto sólo cabe coincidir con la exhaustiva y rigurosa valoración de la prueba realizada en primera instancia, valoración que se motiva a lo largo de la sentencia, especialmente en el fundamento jurídico cuarto. Resumimos esa valoración distinguiendo los aspectos más relevantes.

A) El perfil de los inversores.

Los demandantes son persona físicas y tienen la condición de **consumidores**. No consta que tengan conocimientos financieros, ni que hayan recibido asesoramiento externo.

Solo se practicó el test de conveniencia a la demandante, el 4/12/2009. En él, a pesar de no cubrir el apartado relativo a su profesión y de constar que sólo hizo dos operaciones previas, se le atribuye conocimiento de los conceptos financieros básicos y experiencia como inversora. La sentencia concluye que es test no fue cubierto por la demandante, sino por personal de la entidad bancaria. No se realizó el test de conveniencia al otro demandante. El test de idoneidad no se hizo a ninguno de los demandantes.

La conclusión de lo expuesto es que los demandantes son clientes minoristas, sin conocimientos financieros, con un perfil inversor conservador.

B) La información facilitada

No hay constancia de que se hubiese facilitado a los demandantes información documental mediante la entrega de trípticos o folletos informativos.

En algunas órdenes de valores se califican las obligaciones subordinadas como "producto no complejo", en contra de lo que es su verdadera naturaleza.

Tampoco se ha probado por la entidad bancaria cual es la información, verbal o escrita, facilitada a los clientes sobre los términos de la contratación, y en especial sobre sus riesgos, ni sobre la idoneidad de los clientes para contratar esos productos.

C) la existencia del error

Las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas son productos financieros complejos, los demandantes son clientes minoristas que tiene la condición de **consumidores**, con un perfil inversor conservador, y no existe constancia de que recibiesen por parte de la entidad bancaria una información detallada, clara y adecuada de los productos que contrataban.

La conjunción de estos factores permite llegar concluir, por vía directa o por presunción, que los demandantes incurrieron en error sustancial, en cuanto a las características del producto financiero que adquirieron, y excusable, en tanto en cuanto fue propiciado por la otra parte contratante. No sólo por no ser diligente en



su deber legal de información precontractual objetiva y suficiente, y en la constatación de la existencia de un conocimiento de lo que se suscribía por parte de los actores. La entidad bancaria incluso propicio el error, mediante la iniciativa contractual en la oferta del producto primando, en definitiva, la captación de recursos propios sobre el perfil conservador de los demandantes, que actuaron además bajo la confianza y solvencia que le ofrecía la entidad demandada, de la que eran clientes, remitiéndonos al respecto a la jurisprudencia antes citada sobre la excusabilidad, imputación del error y deber de información (SAP A Coruña, Sección 4ª, de 10 de diciembre de 2014).

OCTAVO.- Infracción de los arts. 1309,1311y1313 del CCy la doctrina de los actos propios.-

Transcribimos en éste punto la respuesta que a idéntica alegación se dio en la SAP de A Coruña, Sección 4ª, de 10 de diciembre de 2014 : "Tampoco tales preceptos, relativos a la confirmación de los contratos anulables, han sido vulnerados. Baste para la desestimación de este nuevo motivo de apelación la cita de la consolidada doctrina jurisprudencial, que proclama que la confirmación tácita de los contratos, sólo se produce cuando, con conocimiento de la causa de nulidad, y habiendo ésta cesado, se ejecuta, por quien está legitimado, un acto inequívoco que implica necesariamente la voluntad de renunciar a ella (SSTS de 24 de marzo de 1956 , 1 de diciembre de 1971 , 10 de abril de 1976 , 8 de junio de 1973 , 27 de octubre de 1980 , 4 de julio de 1991 , 15 de febrero de 1995 , 12 de noviembre de 1996 , 4 de octubre de 1998 entre otras); es decir, que los vicios del consentimiento pueden ser subsanados, confirmándose el contrato, si se reitera en circunstancias tales en las que no pueden suponerse concurrentes las causas determinantes de la existencia del error, lo que no acontece en el caso presente.

Por su parte, la STS de 5 de septiembre de 2012 nos enseña cuales son los requisitos para la aplicación de la clásica regla "venire contra factum proprium non valet" (no se puede actuar contra los propios actos): 1) una conducta jurídicamente relevante previa y consciente de sus consecuencias; 2) que tal conducta tenga una significación inequívoca e incompatible con la posterior; y 3) que las expectativas defraudadas por la actuación posterior sean razonables (entre otras muchas, sentencias 292/2011, de 2 de mayo , 691/2011, de 18 de octubre y 285/2012 de 8 mayo).

Esta doctrina no es de aplicación «en los supuestos en que hay error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia" (STS de 31 de Enero de 1995). En igual sentido, las SSTS de 25 de Octubre de 2000 , 12 de Febrero de 1999 y 4 de Junio de 1992). E insistiendo en tal doctrina, las recientes SSTS de 21 de junio de 2011 y 760/2013 , de 3 de diciembre señalan que no procede tal alegación, cuando "los actos están viciados por error o conocimiento equivocado (SSTS 8 de mayo de 2006 y 21 de enero de 1995)".

Pues bien, en el caso que enjuicamos, los demandantes, una vez tomaron constancia de la existencia del error padecido: imposibilidad de recuperación del dinero depositado en el banco, al haberle colocado un producto financiero de alto riesgo, contrario a sus expectativas y perfiles conservadores de meros ahorradores, con riesgo real y efectivo de pérdida total de su capital, no han efectuado acto jurídico alguno del que quepa deducir la ratificación de su viciado consentimiento, o comportamiento que pudiera entrar en patente contradicción con el ejercicio de las presentes acciones.

La simple percepción de intereses, bajo la persistencia del error, no constituye un supuesto de confirmación, sino de extensión temporal de tal vicio de voluntad; comportamiento que, desde luego, no ratifica, sanando los contratos anulables objeto de este proceso. Es más, al darse cuenta de su error, los actores formularon distintas y reiteradas quejas a la demandada".

En este sentido se ha pronunciado el TS en sentencia del pleno de 10 de septiembre de 2014 , en la sentencia de 12 de enero de 2015 y en la de 26 de febrero de 2015 .

NOVENO.- Como se desestiman todas las pretensiones del recurso de apelación se imponen las costas a la parte apelante (artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación, de conformidad con el artículo 117 de la Constitución en nombre de S.M. El Rey, por la autoridad conferida por el Pueblo español.

FALLO

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de NCG BANCO, S.A. contra la sentencia de fecha 21 de noviembre de 2013 del Juzgado de Primera Instancia Nº 5 de Santiago de Compostela , dictada en el juicio ordinario núm. 90/2014, que se confirma.

Se imponen a la parte apelante las costas de esta alzada.



Notifíquese esta resolución, en legal forma, a las partes haciéndoles saber, conforme preceptúa el artículo 248-4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que contra ella cabe recurso de casación por interés casacional que deberá ser interpuesto ante esta Sección en el plazo de 20 días desde la notificación de la sentencia. Debiendo ingresar, en concepto de depósito para recurrir, la cantidad de 50,00 €, aportando resguardo de ingreso en la cuenta de consignaciones de este Tribunal, aperturada en BANCO SANTANDER nº ES55 0049 3569 9200 0500 1274 clave de ingreso 1505-0000-12-NNNN-AA (siendo N y A el nº y año de procedimiento); sin cuyo requisito no será admitido a trámite el recurso.

Dentro del plazo legal, devuélvanse las actuaciones originales con testimonio de la presente resolución al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia de la que se pondrá certificación literal en el Rollo de Sala de su razón, incluyéndose el original en el Libro de Sentencias, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEJUD