



Roj: **SAP OU 410/2015 - ECLI:ES:APOU:2015:410**

Id Cendoj: **32054370012015100219**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **19/06/2015**

Nº de Recurso: **393/2014**

Nº de Resolución: **224/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSEFA OTERO SEIVANE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OURENSE

SENTENCIA: 00224/2015

APELACIÓN CIVIL

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

S E N T E N C I A NÚM. 224/2015

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

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de juicio ordinario 1024/12 procedentes del Juzgado de Primera Instancia 5 de Ourense, Rollo de Apelación núm. 393/14, entre partes, como apelante, la entidad mercantil Banco Santander SA, representada por la procuradora Dña. Marta Trillo González, bajo la dirección del letrado D. Manuel Muñoz García-Liñan, y, como apelados, D. Maximo y Dña. Sandra, representados por la procuradora Dña. Ana Crespo Damota, bajo la dirección del abogado D. José Díaz López.

Es ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Josefa Otero Seivane.

I - ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Juzgado de Primera Instancia 5 de Ourense, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 13 de junio de 2014, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO:** Que estimando la demanda interpuesta por el procurador Dña. Ana Crespo Damota, en nombre y representación de Dña. Sandra y D. Maximo, contra Banco de Santander SA, declaro la nulidad de la orden de suscripción de valores por la que se adquieren participaciones preferentes SOS CUETARA PREFERENTES SAU, FIRMADA con fecha 28 de noviembre de 2006, por un importe de 100.000 €, ejecutada el 20 de diciembre de 2006.- Y condeno a la parte demandada a reintegrar a la actora la cantidad de cien mil euros (100.000 €), incrementada con el interés legal computado desde el 20 de diciembre de 2006, deduciendo el importe de los intereses percibidos como remuneración con arreglo al contrato y transmitiendo la titularidad de los valores litigiosos. La cantidad resultante devengará, a su vez, el interés legal desde la fecha de la interpelación judicial, y el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia.- Todo ello con expresa imposición de las costas causadas a la parte demandada".

Segundo.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación de la entidad mercantil Banco Santander SA recurso de apelación en ambos efectos al cual se opuso la representación procesal de Dña. Sandra y D. Maximo, y, seguido el referido recurso por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial para su resolución.



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

II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recaída en primera instancia declara la nulidad de la orden de suscripción de valores "SOS CUETARA preferentes SAU" firmada por los litigantes con fecha 28 de noviembre de 2006 por un importe de 100.000 euros y ejecutada el 20 de diciembre de 2006, con los restantes pronunciamientos derivados recogidos en los antecedentes de hecho de la presente resolución. Basa la declaración de nulidad en la existencia de error en el consentimiento por parte de los demandantes al concertar el contrato en la creencia de que adquirirían un depósito a plazo fijo o producto similar seguro, debido a la deficiente información proporcionada por la demandada Banco de Santander SA. Esta se alza en apelación a fin de que, con revocación de aquella sentencia, se rechace la demanda en su integridad, con imposición de costas a la parte contraria.

El recurso gira en torno a tres ideas fundamentales: falta de legitimación pasiva, caducidad de la acción y error en la valoración de la prueba respecto a la apreciación del error.

SEGUNDO.- Defiende la parte apelante su falta de legitimación para soportar la acción de nulidad por tratarse de una mera intermediaria en la contratación del producto, no interviniente en el contrato cuya nulidad se pretende e imposibilitada de restituir las prestaciones. La sentencia apelada rechaza la excepción en criterio coincidente con el reiteradamente expuesto por la Sala al analizar supuestos análogos.

Según el artículo 10 LEC serán consideradas partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigiosa. La legitimación pasiva "ad causam" puede definirse, siguiendo a la STS de 27 de junio de 2011, como una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud o idoneidad para ser parte procesal pasiva, en cuanto supone una coherencia o armonía entre la cualidad atribuida -titularidad jurídica afirmada- y las consecuencias jurídicas pretendidas. Así, pues, la pretensión formulada es la que permite determinar si la persona llamada está o no legitimada pasivamente.

En este caso, la demanda se dirige frente a Banco Santander por su intervención en el contrato cuya nulidad se pide. La orden de suscripción ha sido firmada por los demandantes y la demandada, sin intervención de la emisora SOS CUETARA. Se alega como fundamento de la pretensión la infracción del deber de información por parte de la apelante, deber que esta asume le corresponde, hasta el punto de que uno de sus principales motivos de oposición es el cumplimiento del mismo. La misma entidad suscribe la correspondiente orden, sin que en ella conste su condición de mera intermediaria, por lo que es la obligada en virtud del contrato (artículos 1254, 1257 y 1258 CC) y debe pechar con las consecuencias que pudieran derivar de un error en el consentimiento debido al incumplimiento por su parte del deber de información que, en definitiva, se erige en causa de pedir, de donde se concluye que esta pasivamente legitimada para soportar la acción de nulidad entablada. En virtud del contrato dispuso del dinero de los apelados a cuya restitución se le condena, de modo que si aquel es declarado nulo por error vicio habrá de proceder a su devolución en cumplimiento del artículo 1303 CC, al margen de las acciones que pueda ejercitar contra la entidad emisora en base a los pactos entre ellas, ajenas al presente litigio.

TERCERO.- La sentencia apelada rechaza la caducidad de la acción siguiendo el criterio que la Sala viene manteniendo de forma reiterada, uniforme y constante. El plazo de cuatro años que el artículo 1301 CC 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 suscripción del producto, frente a lo que se dice 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, momento que en este caso no ha llegado ya que el contrato sigue produciendo sus efectos en el tiempo, con liquidaciones periódicas del producto cuya gestión asumió la demandada frente a los adquirentes, tratándose de un contrato de tracto sucesivo que no se agota con la suscripción de la orden. En este sentido se pronuncia la STS de 11 de junio de 2003, con invocación de numerosas precedentes jurisprudenciales. La más reciente STS del Pleno de 12 de enero de 2015, con cita de aquella, razona "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".

CUARTO.- El examen del invocado error en la valoración probatoria debe efectuarse en relación a tres cuestiones, a la vista de la argumentación en que descansa: 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, la sentencia de la sala de 26 de octubre de 2012 señala: "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".

QUINTO.- 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 las características de las participaciones preferentes, así como la normativa aplicable en relación con la obligación de información que incumbe a las entidades bancarias, lo que hace innecesario pronunciarse sobre tales cuestiones y suficiente la remisión a su fundamentación jurídica, sin perjuicio de efectuar las siguientes precisiones, al hilo de lo argumentado en el recurso:

i) El hecho de que el contrato se hubiese concertado antes de la entrada en vigor de la ley 47/2007 de 19 de diciembre que incorporó a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva Mifid 2004/39/CC no excluye las obligaciones dimanantes del contrato para la entidad apelante, singularmente la de información. Así resulta de los artículos 78 y 79 de la ley 24/1988 del mercado de valores, RD 629/1993 de 3 de mayo sobre normas de actuación de las empresas de servicios de inversión y entidades de crédito respecto de la clientela, ley 26/1988 de 29 de julio sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, artículo 48.2 y artículo 13 de la ley 26/1984 de 19 de julio general para la defensa de los **consumidores** y usuarios, de aplicación en atención a la fecha de contratación y condición de **consumidores** de los accionantes(artículo 1.2).

ii) nos encontramos ante producto de inversión, no de ahorro, complejo y de alto riesgo. En virtud de la precitada 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. La STS 840/2013, del Pleno,



de 20 de enero de 2014 , relativa a contrato de permuta financiera, parte de la complejidad y 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, para destacar 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 .

iii) 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.

SEXTO.- 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 de los actores, con nulos conocimientos financieros, desde luego no deducibles de lo actuado.

La documental aportada no es literosuficiente a efectos de demostrar una información clara y comprensible para los demandantes. La orden de suscripción no contempla las características ni riesgos de la operación ni explicación alguna sobre la compra a que se refiere. En cuánto a los denominados anexo 1 y 2, donde los demandantes admiten haber solicitado el producto por propia iniciativa y haber sido informado de sus características y riesgos, la directora de la sucursal que depuso como testigo indicó que los actores se limitaron a firmar, sin cubrirlos de su puño y letra además de admitir que los actores no pidieron el producto, que fue el banco quién lo ofreció al vencer otro del que eran titulares, dato que también se infiere de la cartilla aportada con la demanda acreditativa de que la operación fue realizada por el banco pese a la inexistencia de fondos porque en fechas próximas vencía otro producto contratado, abundando en la idea de que los ahorros de los apelados eran canalizados por la entidad bancaria. Los documentos anexo 3, comienzan con la indicación "producto rojo" expresiva de la complejidad y riesgo admitida por la entidad bancaria. Pese a ello, omiten cualquier explicación sobre el mismo, limitándose a dejar constancia de que el cliente ha recibido información detallada del producto y ha comprendido sus características y riesgos, lo cual lleva a dos consideraciones. La primera que la propia apelante reconoce y asume su obligación de informar. La segunda, la insuficiencia de aquella declaración de ciencia para estimar cumplido el deber de información. En tal sentido, la STS de 15 de marzo de 2013 razona que la inclusión en el contrato de una declaración de ciencia que suele constar en los contratos que suscriben los **consumidores**, clientes bancarios o inversores minoristas, en el sentido de haber sido debidamente informados "no significa que se haya prestado al **consumidor**, cliente o inversor minorista la preceptiva información ni "constituye una presunción "uris et de iure" de haberse cumplido dicha obligación, ni de que el inversor, efectivamente, conozca los riesgos, último designio de toda la legislación sobre transparencia e información". En el mismo sentido la STS del pleno de 12 de enero de 2015 a cuyo tenor "la normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones



estereotipadas predisuestas por quién está obligado a dar información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente". Doctrina la expuesta en línea con la ley de **consumidores** y usuarios 26/1984 cuando en su disposición adicional 1ª, apartado 20 declara abusivas "las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del **consumidor** a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato".

SÉPTIMO.- Por lo demás, la Sala comparte y hace suya la valoración probatoria que la sentencia apelada efectúa en relación con los medios probatorios mencionados y demás que la misma resolución precisa, singularmente la omisión de aspectos esenciales en la información verbal proporcionada por la directora de la sucursal, por lo que solo cabe atenerse a sus certeros razonamientos que se reproducen por remisión sin que frente a ellos pueda prevalecer la versión, lógicamente interesada, de la apelante.

No consta información precontractual indispensable para una adecuada formación del consentimiento. 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".

Con el bagaje probatorio expuesto 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. La ausencia de prueba de información sobre el riesgo de forma adicional al contenido de la prueba aludida, por si sola insuficiente para conocer el producto, implica 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.

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.

La contratación por los demandantes de otros productos no excluye el error apreciado respecto a las preferentes discutidas, máxime cuando la mecánica resultante de lo actuado apunta a una disposición de los fondos bancarios de los apelados en función de las recomendaciones de la apelante, siendo buena prueba de ello la actuación de ésta a al que antes se hizo mención en relación con la adquisición del producto sin fondos en la fecha de la operación.

Para concluir, 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).

OCTAVO.- En atención a lo razonado procede el rechazo del recurso y, en consecuencia, la imposición de las costas 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 mercantil Banco Santander SA contra la sentencia dictada el 13 de junio de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia 5 de Ourense en autos de juicio ordinario 1024/12 -rollo de Sala 393/14-, cuya resolución se confirma, con imposición de las costas del recurso a la parte apelante.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir.



Contra la presente resolución, podrán las partes legitimadas interponer, **en su caso** , recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal en el plazo de veinte días ante esta Audiencia.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ