



Roj: **SAP OU 414/2015 - ECLI:ES:APOU:2015:414**

Id Cendoj: **32054370012015100223**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **19/06/2015**

Nº de Recurso: **407/2014**

Nº de Resolución: **226/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSEFA OTERO SEIVANE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OURENSE

SENTENCIA: 00226/2015

APELACIÓN CIVIL

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

S E N T E N C I A NÚM. 226

En la ciudad de Ourense a diecinueve de junio 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 Número 1 de Carballiño, seguidos con el n.º 251/13, Rollo de Apelación núm. 407/14, entre partes, como apelante NCG Banco SA, representado por la Procuradora D.ª María Gloria Sánchez Izquierdo, bajo la dirección del Letrado D. Adrián Dupuy López y, como apelados, D.ª Carla , que también actúa en nombre de su hijo menor Romualdo , D.ª Elisabeth y D. Teodulfo , representados por el procurador D. Juan Alfonso García López, bajo la dirección del Letrado D. Jesús Garriga Domínguez.

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

I - ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Juzgado de Primera Instancia Número 1 de Carballiño, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 25 de marzo de 2014 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO:** ESTIMAR la demanda interpuesta por el Procurador Sr. García López en nombre y representación de DÑA. Carla , D. Teodulfo , DÑA. Elisabeth , y DÑA. Carla en nombre y representación de su hijo Romualdo , asistidos del Letrado Sr. Garriga Domínguez, y como demandado NCG BANCO SA (NOVAGALICIA BANCO) representado por la Procuradora Sra. Juiz Casas en sustitución de la Procuradora Dña. Sánchez Izquierdo, y asistido del Letrado Sr. Sanmartín González en sustitución de su compañero el Letrado Sr. Dupuy López.

Y DECLARO:

Se declaran nulos los siguientes contratos:

El contrato de depósito o administración de valores de fecha 22 de febrero de 2007

El contrato de depósito o administración de valores de fecha 29 de septiembre de 2000 de la cuenta NUM000 y el de la cuenta NUM001

La orden de suscripción de valores por importe de 20.040 euros, denominadas 01 PREFCAIXANOVA EMISIONES SA de fecha 22/272007



La orden de suscripción de valores 01 OB AUTOPISTAS AUDASA E/12/05 por importe de 12.000 euros.

La orden de suscripción de valores de fecha 26 de mayo de 2009, denominados PREF CAIXANOVA SR D por importe de 20.000 euros

La orden de valores por importe de 4.000 euros, denominado el producto 01 OS AUTOPISTAS ATLANTICO AUDAS E/05/06 de fecha 26/6/2007.

La orden de suscripción de valores por importe de 930 euros, con su nombre OB CAIXANOVA E/01-03 de fecha 13 de marzo de 2008;

Orden de suscripción de valores de fecha 29 de junio de 2009 por importe de 2400 euros, consta la adquisición de 600 títulos de OBLs. CAJA DE AHORROS DE VIGO OURENSE Y.

La orden de compra de 500 títulos por importe total de 1.500 euros, de OBLs. CAIXA DE AFORROS DE VIGO, OURENSE, de fecha 18 de mayo de 2010

La orden de compra por importe de 5.500 euros, de OBL AUDASA 05 DIC en fecha 6 de febrero de 2008

La orden de suscripción de valores por importe de 600 euros denominadas NUM002 OBLs. CAJA DE AHORROS DE VIGO OURENSE Y de fecha 29 de junio de 2009

La orden de suscripción de valores por importe de 1500 euros de OBLs.CAIXA DE AFORROS DE VIGO, OURENSE.

Se condene en todo caso a NCG BANCO SA a abonar a DÑA. Carla , D. Teodulfo Y DÑA. Elisabeth la cantidad de 52.040,00 euros a DÑA. Elisabeth la cantidad de 14.830,00 euros, a D. Romualdo , la cantidad de 11.200 euros, correspondientes a la inversión realizada, más los intereses legales desde las distintas fecha de cargo en cuenta hasta la fecha de sentencia y desde esta fecha hasta su completo pago los intereses procesales del art. 576 de la LEO, de acuerdo con lo dispuesto en el fundamento jurídico cuarto y que la actora devuelva al banco los intereses percibidos por importe según consta en el fundamento jurídico cuarto in fine.

La condena en costas de la parte demandada.

Que la actora devuelva a NQG BANCO SA las acciones de las que es titular en virtud del .Canje ".

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

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

II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

PRIMERO .- La sentencia apelada declara nulos los contratos de adquisición de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas a que se contrae la demanda, así como la nulidad de tres contratos de depósito o administración de valores fechados uno el 22 de febrero de 2007 y los otros dos el 29 de septiembre de 2000, con los pronunciamientos de condena recogidos en los antecedentes de hecho de la presente resolución.

Se alza en apelación la demandada interesando la revocación de la sentencia de instancia y dictado de otra por la que se desestime la demanda en su integridad con imposición de costas a la parte actora. Subsidiariamente, pide que se deje sin efecto la declaración de nulidad de los contratos de depósito o administración de valores, así como la nulidad de los contratos de compra de obligaciones subordinadas de AUDASA . La parte actora se opone al recurso y solicita la condena en costas de la apelante.

El recurso se funda en los siguientes motivos: 1) vulneración de los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil al declarar la existencia de nulidad por error en la contratación en contra de dichos preceptos y doctrina que los autoriza. 2) infracción del artículo 326 y siguientes de la LEC .3) Vulneración del artículo 10 LEC por no apreciar falta de legitimación pasiva respecto a las obligaciones de Audasa. 4) vulneración de los artículos 1.309 , 1311 y 1313 CC y de la doctrina general de los actos propios. 5) declaración incorrecta de la nulidad de los contratos de depósito o administración. 6) vulneración del artículo 1301 CC por no apreciar caducidad de las acciones de nulidad.7) vulneración del artículo 1307 en relación con el 1303 CC .

Plantea la recurrente cuestiones jurídicas reiteradamente resueltas por la Sala al analizar contratos análogos mediante sentencias de las que la entidad apelante es plenamente conocedora al haber sido parte en la mayoría de los procesos a que pusieron fin. En ellas se pronuncia la Sala, bien directamente, bien mediante



remisión a la sentencia de instancia, sobre la caducidad de la acción, características y naturaleza de las participaciones preferentes y/o subordinadas, normativa de aplicación en relación con el deber de información de las entidades bancarias, según se trate de productos adquiridos antes o después de la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva Mifid 2004/39/CE, carga de la prueba sobre el cumplimiento de dicho deber, requisitos para la declaración de nulidad por error en el consentimiento y efectos de esta declaración. Solo cabe insistir en lo razonado en aquellas resoluciones, al margen de la argumentación oportuna en relación con las circunstancias fácticas concurrentes en el caso y alegaciones al respecto de la recurrente.

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

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

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

La sentencia apelada analiza las características de las obligaciones subordinadas y participaciones preferentes, así como la normativa aplicable en relación con la obligación de información que incumbe a las entidades bancarias cuando de clientes minoristas se trata, como es el caso, lo que hace innecesario pronunciarse sobre tales cuestiones y suficiente la remisión a su fundamentación jurídica, por lo demás no cuestionada en el recurso en lo que atañe a tales materias. Cabe no obstante significar que nos encontramos ante productos de inversión, no de ahorro, complejos y de alto riesgo y que, en virtud de dicha normativa las entidades de crédito, que asesoren, coloquen, comercialicen o presten cualquier servicio de inversión sobre ambos productos están obligados a proporcionar a los clientes minoristas información imparcial, clara, sencilla y no engañosa, previamente a la celebración del contrato, veraz, suficiente y comprensible sobre las características esenciales de los productos ofertados.

El deber de información es especialmente relevante en caso de contratos complejos y de alto riesgo suscritos por personas carentes de conocimientos financieros con entidades bancarias debido a la posición de desigualdad entre ambos. La STS 840/2013, del Pleno, de 20 de enero de 2014 , relativa a contrato de permuta financiera, parte de esa 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 .

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

CUARTO .- La sentencia apelada, en una correcta valoración, concluye que la prueba practicada no permite acreditar la información previa al contrato, sencilla, clara y no engañosa exigida en atención al perfil de los actores. Doña Carla y su esposo son panaderos, con estudios primarios; su hija Elisabeth , técnico administrativo, trabaja también en la panadería; el hijo pequeño, Romualdo , era menor de edad en la fecha de las contrataciones. Todos ellos con nulos conocimientos financieros, no constando la realización por ellos de operaciones de inversión distintas a las aquí enjuiciadas que, a la luz de lo actuado, realizaron en la creencia de que se trataba de depósitos tradicionales o productos análogos adecuados a su condición de ahorradores.

La directora de la sucursal interviniente en los contratos, propuesta como testigo por la demandada, admitió en juicio que eran buenos clientes, clientes de siempre con los que tenía relación de amistad, que normalmente hablaba por teléfono con Carla , teniendo esta plena confianza en ella hasta el punto de decirle que si el producto estaba bien para la testigo, también lo estaba para ellos. Explicó también que preparaba la documentación y la llevaba a la panadería donde firmaban los clientes, que la mecánica era la entrega de los trípticos cuando se daba la orden de compra, llegando a reconocer que no comprendía todos los apartados del tríptico, por lo que mal puede ampararse en ellos la apelante para justificar el cumplimiento del deber de información si la encargada de proporcionarla no podía entender su alcance.

En cuanto a los test, se aportaron tres, uno firmado por Elisabeth de fecha 13 de marzo de 2008, y otros dos fechados el 6 de febrero del mismo año, suscritos uno por Doña Carla y otro por su esposo. Según la testigo era ella quién los cubría con los datos que le constaban de los clientes, lo que hace innecesario mayor razonamiento sobre su inoperancia.

La restante documental aportada consiste en los contratos de depósito y administración y órdenes de suscripción de los valores. Los primeros no contienen mención alguna a las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, siendo su propia denominación equívoca al incluir el término depósito.

Las órdenes de suscripción discutidas son diez. Nueve son explicación sobre lo adquirido que difícilmente puede conocerse al ser designados los productos con abreviaturas o menciones ininteligibles, como ya cuida de señalar la sentencia apelada. alguna de ellas incluye antes de la firma una asunción de responsabilidad por el cliente ("reconoce que es el único responsable de asegurarse de que comprende los riesgos asociados a sus inversiones en instrumentos financieros") inoperante a efectos de estimar cumplido el deber de información. La STS del pleno de 12 de enero de 2015 indica que "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 predispuestas por quién está obligado a dar información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente". Doctrina en línea con el artículo 86.1 del texto refundido de la ley sobre **consumidores** y usuarios a cuyo tenor son abusivas, por limitar los



derechos básicos del **consumidor** y usuarios, las cláusulas que limiten o priven al **consumidor** y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean la exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del **consumidor** y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario.

La única orden que contiene alguna información es la de fecha 22 de febrero de 2007 de adquisición de 334 títulos de preferentes Caixanova por importe nominal de 20.040 euros, si bien resulta notoriamente insuficiente para que personas como los apelados puedan conocer las características y riesgos de lo adquirido, como ya ha tenido oportunidad de declarar la Sala al analizar órdenes análogas. Emplea términos técnicos difícilmente comprensibles sin conocimientos específicos en la materia ("garante", "liquidación de la emisión", "derechos de crédito subordinados" "garantía real"...); se remite a otros textos ("impuestas por la normativa bancaria; minimiza riesgos o los oculta ("no se garantiza la percepción del 100% del valor nominal").

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. La nota de excusabilidad guarda íntima relación con la confianza depositada en la entidad demandada por él y con la diligencia exigible a cada contratante, en la actora la de un buen padre de familia (1104 CC), en la entidad apelante la de un ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes.

No cabe exigir a la parte apelada mayor diligencia que contratar con quién tiene conocimientos específicos en la materia, amparándose en la confianza que le merecía la entidad bancaria en razón a ese conocimiento y a su condición de cliente.

QUINTO .- Sostiene la apelante en el motivo tercero su falta de legitimación pasiva en relación con las obligaciones AUDASA adquiridas en virtud de órdenes de 29 de junio de 2007, 23 de febrero de 2007 y 7 de febrero de 2008 por importe de 12.000, 5.500, y 4000 euros, respectivamente, cuestión que la sentencia apelada rechaza implícitamente al condenar a la demandada en la forma interesada en la demanda. El criterio es compartido por la Sala.

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, al margen del resultado del litigio.

En este caso, la demanda se dirige frente a NCG Banco por su intervención en los contratos relativos a la adquisición de las obligaciones Audasa, celebrados entre los litigantes. 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 firmó las correspondientes órdenes sin que conste en ellas su labor de mera intermediaria por los que es la obligada por los contratos (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. La recurrente dispuso del dinero de los apelados por lo que si se llega a una declaración de nulidad 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.

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

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

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

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

SÉPTIMO - El objeto del proceso queda delimitado por los sujetos, por lo pedido ("petitum") y por la causa de pedir ("causa petendi") o conjunto de hechos relevantes para la consecuencia jurídica pretendida. El órgano judicial sólo está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito, y no por la literalidad de las peticiones formalmente deducidas, está autorizado para examinar de modo racional lo verdaderamente debatido de modo que no es precisa una conformidad rígida o literal entre el fallo y el suplico, siempre que se respete la causa de pedir.

En el caso, la lectura de la demanda revela que lo pretendido es la recuperación del dinero invertido en la adquisición de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas relacionadas en aquel escrito. Para ello se pide la nulidad de las correspondientes ordenes de valores alegando como causa de pedir el error invencible padecido por los actores al prestar el consentimiento para dicha adquisición debido a la defectuosa información proporcionada por la entidad demandada. Las alegaciones sobre el error en el consentimiento se refieren a los mencionados productos financieros, sin referencia a los contratos de depósito o administración cuya nulidad declara la sentencia apelada, dos celebrados el 29 de septiembre de 2000 y uno el 22 de febrero de 2007 , los cuales no pueden considerarse en este caso vinculados a las operaciones realmente discutidas de adquisición de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas atendidas las distintas fechas de su celebración, siendo especialmente significativo el transcurso de varios años desde la suscripción de los contratos de depósito del año 2000 y la adquisición de los primeros productos en el año 2003.

Nos encontramos ante contratos independientes con funcionamiento distinto. Los de depósito o administración sirve como marco para regular las relaciones entre los litigantes respecto a valores de distinta naturaleza cuyos abonos y cargos se asientan en la cuenta asociada abierta al efecto.

La nulidad de los contratos cuyo objeto son las participaciones preferentes u obligaciones subordinadas no lleva aparejada las de los contratos de depósito o administración que tendría que haberse fundado en causas específicas relativas al mismo no alegadas en la demanda, limitada, se insiste, al error vicio del consentimiento en relación con la adquisición de aquellos productos. Es por ello que procede admitir el motivo quinto, dejando sin efecto la nulidad de los mencionados contratos de depósito y administración.



OCTAVO .- Según el artículo 1301 CC , el plazo de cuatro años que establece para la caducidad de las acciones de anulabilidad empezará a correr, en los casos de error, desde la consumación del contrato, momento que no se corresponde con la suscripción de las órdenes de adquisición o suscripción de los productos litigiosos, frente a lo que se dice en el recurso ya que los contratos siguen produciendo sus efectos en el tiempo.

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

La STS del Pleno de 12 de enero de 2015 , recuerda la doctrina jurisprudencial mantenida en la STS de 13 de junio de 2003 y razona que "No basta la perfección del contrato, es precisa la consumación para que se inicie el plazo de ejercicio de la acción. Se exige con ello una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, situación en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad. Y además, al haberse alcanzado esta definitiva configuración, se posibilita que el contratante legitimado, mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento, lo que no ocurriría con la mera perfección del contrato que se produce por la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes". Y añade "Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error". En este caso no ha mediado el plazo de cuatro años desde que los demandantes han tenido conocimiento del vicio invocado.

NOVENO .- El artículo 1303 CC dispone que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes, aquí no aplicables. El precepto impone la restitución con efectos "ex tunc", de forma que las partes queden incólumes, en la misma situación existente al tiempo de concertarse el contrato cuya nulidad se pretende. Es una consecuencia impuesta por la ley que ha de ser declarada aun cuando no medie petición de parte, en virtud del principio "iura novit curia", con la finalidad de evitar nuevos pleitos y el enriquecimiento injusto de una parte a costa de otra (SSTs de 23 de noviembre de 2011 y 5 de marzo de 2011 , por todas), lo cual supone que en este caso la apelada ha de proceder a la devolución de los intereses de los rendimientos aun cuando no hubiese sido interesado en la instancia por la demandada ya que, como se dijo, es un efecto inherente a la nulidad que debe ser impuesto por el tribunal, sin necesidad de petición del acreedor y sin que ello implique incongruencia. Ello implica la estimación del recurso también en este extremo.

DÉCIMO .- Los pronunciamientos que se modifican no han de conllevar la modificación del relativo a costas de la instancia puesto que la estimación de la demanda sigue siendo sustancial. El artículo 394 LEC , al igual que el artículo 523 de la antigua LEC , se basa en dos principios, el del vencimiento objetivo y el de distribución o compensación, limitado el principio del vencimiento por la posibilidad de excluir la condena cuando concurren serias dudas de hecho o derecho que justifiquen su no imposición, transformando el vencimiento puro en vencimiento atenuado, y el principio de compensación por la posible imposición de costas a quién litigue con temeridad. La jurisprudencia viene complementando el sistema legal, con la denominada doctrina de la estimación sustancial de la demanda con "inspiración en la ratio del precepto relativo al vencimiento, en la equidad, como regla de ponderación a observar en la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico, y en poderosas razones prácticas" (STS de 12 de febrero de 2008 , por todas).

En el caso, la petición referida a la nulidad de los contratos de depósito no afecta a la pretensión verdaderamente deducida cual es la recuperación por la actora del dinero objeto de las ordenes de valores. En cuánto a los intereses de los rendimientos obtenidos por los actores, se trata de una diferencia cuantitativa no significativa, que no llegó a solicitarse en la contestación a la demanda.



La estimación parcial del recurso determina que no se efectúe expresa imposición de las costas devengadas en la alzada (artículo 398 LEC), así como la devolución del depósito constituido para apelar (disposición adicional 15ª LOPJ).

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

FALLO:

Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de NCG Banco SA contra la sentencia, de fecha 25 de marzo de 2014, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número 1 de Carballiño en Juicio Ordinario n.º 251/13, Rollo de Apelación núm. 407/14, resolución que se modifica en el sentido siguiente: i) se dejan sin efecto las declaraciones de nulidad relativas a los contratos de depósito y administración de valores suscritos por los litigantes. ii) De la cantidad a satisfacer por la apelante se deducirán los rendimientos obtenidos por los actores e intereses legales correspondientes desde la fecha de su percepción.

No se efectúa expresa declaración sobre las costas de la alzada.

Se decreta la devolución del depósito constituido para recurrir.

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.