



Roj: **SAP PO 1195/2015 - ECLI:ES:APPO:2015:1195**

Id Cendoj: **36057370062015100266**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vigo**

Sección: **6**

Fecha: **15/06/2015**

Nº de Recurso: **338/2014**

Nº de Resolución: **272/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JAIME CARRERA IBARZABAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

#### **AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6**

#### **PONTEVEDRA**

SENTENCIA: 00272/2015AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6 de PONTEVEDRA

N01250

C/LALÍN, NÚM. 4 - PRIMERA PLANTA - VIGO

Tfno.: 986817388-986817389 Fax: 986817387

N.I.G. 36057 42 1 2013 0007777

**ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000338 /2014**

**Juzgado de procedencia:** XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 14 de VIGO

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000421 /2013

Recurrente: NCG BANCO, S.A.

Procurador: GISELA ALVAREZ VAZQUEZ

Abogado: ADRIAN DUPUY LOPEZ

Recurrido: Felicidad

Procurador: JUAN CARLOS ALVAREZ VAZQUEZ

Abogado: DAVID VEIGA SOTELO

**LA SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SEDE VIGO**, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados DON JAIME CARRERA IBARZÁBAL, Presidente; DON JULIO PICATOSTE BOBILLO y DOÑA MAGDALENA FERNANDEZ SOTO, han pronunciado

#### **EN NO MBRE DEL REY**

La siguiente

#### **SENTENCIA núm. 272/15**

En Vigo, a quince de junio de dos mil quince.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 006, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000421 /2013, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 14 de VIGO, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000338 /2014, en los que aparece como parte apelante, "NCG BANCO, S.A.", representado por el Procurador de los tribunales, doña GISELA ALVAREZ VAZQUEZ, asistido por el Letrado Don ADRIAN DUPUY LOPEZ, y como parte apelada, DOÑA Felicidad , representado por el Procurador de los tribunales, Don JUAN CARLOS ALVAREZ VAZQUEZ, asistido por el Letrado Don DAVID VEIGA SOTELO.



Ha sido Ponente el Ilmo. Magistrado DON JAIME CARRERA IBARZÁBAL, quien expresa el parecer de la Sala.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 14 de Vigo, con fecha 14-03-2014, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

*" Estimar substancialmente la demanda presentada doña Felicidad , frente a NCG Banco S.A., declarando la nulidad de los contratos de administración de valores, de adquisición de obligaciones subordinadas y de adquisición de participaciones preferentes reseñados en el fundamento de derecho segundo de la presente resolución, condenando a la demandada a la devolución a la actora de la cantidad que se determine en ejecución de sentencia conforme a lo razonado en el fundamento noveno , y al pago de las costas procesales.*

*Se aplicarán los intereses previstos en el artículo 576 de la ley de Enjuiciamiento Civil ."*

**SEGUNDO.-** Contra dicha Sentencia, por la representación procesal de NCG BANCO S.A, se interpuso recurso de apelación que fue admitido a trámite y, conferido el oportuno traslado, se formuló oposición al mismo por la parte contraria.

Una vez cumplimentados los trámites legales, se elevaron las actuaciones a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con sede en Vigo, para su resolución, dando lugar a la formación del correspondiente rollo, señalándose para la deliberación del recurso el día 11-06-2015.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** *Infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil y vulneración de los arts. 316 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil .*

1. La demandante Felicidad solicitaba en su demanda la declaración de nulidad de los contratos de administración y depósito de valores de fechas 20 de noviembre de 2009 y 20 de octubre de 2011 y los contratos de compraventa de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas de "Caixanova" de fechas 2, 3 y 20 de noviembre de 2011, "por concurrencia de error en el consentimiento".

Pues bien, la respuesta conjunta a los motivos impugnatorios que se agrupan en este apartado, pasa por analizar, en primer término, el tipo de información prenegocial que se ofrece por la entidad a la ahora demandante sobre los productos a contratar, de suerte que, naturalmente y con respecto a la inexistencia de error esencial e inexcusable, el elemento de controversia que se introduce se circunscribe a determinar si aquella fue o no adecuadamente informada del contenido de los contratos con carácter previo a su suscripción y, en su caso, si dicha falta de información debía determinar la nulidad de los contratos. Y es que como precisa la sentencia del Tribunal Supremo de 8 septiembre 2013 : "Desde el momento en que el legislador ha previsto la existencia de las participaciones preferentes, como parte de los recursos propios de una entidad de crédito, siempre y cuando cumplan una serie de características, aunque el emisor fuera un banco extranjero, resulta muy difícil calificar la comercialización de participaciones preferentes como nula de pleno derecho por ser contraria al orden público. Cuestión distinta es que por la forma en que fueron comercializadas se hubiera podido cometer algún abuso que, a los efectos de la validez del negocio, pudiera haber propiciado su contratación bajo un vicio del consentimiento, como el error". El planteamiento de tal cuestión hace conveniente la aportación de unas precisiones previas.

a) Respecto de su naturaleza y características, las participaciones preferentes vienen reguladas en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, que en su art. 7 señala que los recursos propios de las entidades de crédito y grupos consolidables de entidades de crédito comprenden, entre otros, las participaciones preferentes.

La Disposición Adicional Segunda de dicha Ley , enumera los requisitos que deberán cumplir las participaciones preferentes, entre los que destacan:

- Fijar la remuneración que tendrán derecho a percibir los tenedores de las participaciones preferentes.
- No otorgar a sus titulares derechos políticos, salvo en los supuestos excepcionales que se establezcan en las respectivas condiciones de emisión.
- No otorgar derechos de suscripción preferente respecto de futuras nuevas emisiones.
- Tener carácter perpetuo, aunque el emisor podrá acordar la amortización anticipada a partir del quinto año desde su fecha de desembolso, previa autorización del Banco de España.



- Cotizar en mercados secundarios organizados.

- En los supuestos de liquidación o disolución de la entidad de crédito emisora o de la dominante, las participaciones preferentes darán derecho a obtener exclusivamente el reembolso de su valor nominal junto con la remuneración devengada y no satisfecha y se situarán, a efectos del orden de prelación de créditos, inmediatamente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la entidad de crédito emisora o de la dominante.

De acuerdo con ello, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 septiembre 2014 señala: "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 cumulativa, 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, 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 su 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".

Por su lado, las obligaciones subordinadas vienen referidas en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, que en su art. 7 señala que los recursos propios de las entidades de crédito y grupos consolidables de entidades de crédito comprenden, entre otras, las financiaciones subordinadas.

En la doctrina especializada, las obligaciones subordinadas vienen a catalogarse como productos de renta fija a largo plazo, que pueden clasificarse como un instrumento financiero complejo de riesgo alto. Se trata de un producto híbrido entre la deuda y la acción. La deuda subordinada es pasivo para el banco y su denominación apela a su carácter subordinado en el orden de cobro en caso de una hipotética quiebra (está subordinado el pago en orden de prelación en relación con los acreedores ordinarios) y, aunque tiene un vencimiento determinado, esto es, posee una fecha de emisión y de cierre determinada, si se quiere amortizarlas antes de vencimiento habrá que ponerlas a la venta como si de una acción se tratara, en este caso en un mercado secundario, por lo que existe la posibilidad de perder parte o la totalidad del capital. No obstante, el principal problema radica en que, a diferencia de otros productos bancarios, existe un riesgo vinculado directamente a la solvencia de la entidad emisora, pudiendo perder no solo los intereses pactados sino también el capital invertido. Tampoco están cubiertas por el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito.



b) Como igualmente precisábamos en anteriores resoluciones, se trata de negocios jurídicos que vienen calificados por su complejidad, carácter que se ve normativamente refrendado por lo establecido en el art. 79 bis 8. a) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercado de Valores, reformada por la Ley 47/2007 de incorporación de la Directiva 2004/39/CE, en el que se cataloga a los instrumentos financieros señalados en los apartados 2 a 8 del art. 2 (entre los que se encuentran las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas) como productos complejos por contraposición con los productos no complejos. Esta complejidad contractual se ve avalada por lo dispuesto en el actual art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores, tras la reforma operada por la Ley 47/2007 para incorporar la Directiva 2004/39/CE [MIFID]), donde se califica a los instrumentos financieros señalados en los apartados 2 a 8 del art. 2 de la Ley de Mercado de Valores como "productos complejos" en contraposición a los productos no complejos (ejemplo, acciones y obligaciones que no incorporen derivados). De manera que la complejidad la afirman las propias previsiones legales.

c) La demandante, a los efectos prevenidos en el art. 78 bis de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, debe calificarse como cliente minorista, en la medida en que, ni se ha acreditado que se encuentre entre aquellos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos, ni tampoco quedan incluida en las diversas categorías a las que el precepto atribuye la condición de clientes profesionales (entidades financieras, Estados y administraciones regionales, empresarios que individualmente reúnan las condiciones prevenidas en el mismo precepto o inversores institucionales) y sin que asimismo se trate de cliente que hubiere solicitado con carácter previo la condición de profesional o hubiere renunciado a su tratamiento de cliente minorista.

d) *Citando la sentencia del Tribunal Supremo de 20 junio 2014*: " Como afirma la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "la cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 de la Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4. 4 de la Directiva 2004/39/CE. El art. 4.4 de la Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como " la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que " se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público. De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55)".

2. La sentencia del Tribunal Supremo de 7 julio 2014, expone: "Esta Sala ya se ha pronunciado sobre las cuestiones que se suscitan en el presente recurso en la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 20 enero 2014, dictada en un proceso sobre nulidad de un contrato de swap por error vicio en el consentimiento, en lo esencial idéntico al presente; en ella se examinó el contenido de los deberes de información de la entidad financiera cuando comercializa con clientes minoristas un producto complejo como es el swap y la incidencia del incumplimiento de esos deberes de información para la apreciación de error vicio del consentimiento determinante de la nulidad del contrato.

Hecha la anterior precisión se procede a examinar las dos cuestiones planteadas en el motivo, relativas a la delimitación de los test de evaluación y a la incidencia de la falta de información en la apreciación de error vicio del consentimiento.

Según se declaró en la sentencia de 20 enero 2014, la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y los clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial, a la que ya se había referido esta Sala en la sentencia, también del Pleno, de 18 de abril de 2013, en la que - aunque dictada en un proceso sobre un contrato de gestión discrecional de cartera de inversión concertado antes de la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva MiFID - se analizó el alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor y, en concreto, el elevado estándar de información exigible a la empresa



que presta el servicio de inversión. Ahora esta Sala debe reiterar en la presente sentencia los criterios de interpretación y aplicación de esa normativa y la incidencia de su incumplimiento en la apreciación de error vicio del consentimiento.

Conforme a esta línea jurisprudencial, el cliente debe ser informado por el banco, **antes de la perfección del contrato**, de los riesgos que comporta la operación especulativa, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el art. 7 del Código Civil, y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias ( art. 79 bis Ley de Mercado de Valores, apartados 2 y 3 y art. 64 del Real Decreto 217/2008 ).

Para articular adecuadamente ese deber legal que se impone a la entidad financiera con la necesidad que el cliente minorista tiene de ser informado (conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados) y salvar así el desequilibrio de información que podría viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses que se da en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, en la prestación de asesoramiento financiero para su contratación, como son la realización del test de conveniencia - cuando la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente previamente formada, dirigido a evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar - y el test de idoneidad, cuando el servicio prestado es de asesoramiento financiero, dirigido, además de a verificar la anterior evaluación, a efectuar un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente para poder recomendarle ese producto.

Para discernir si un servicio constituye o no un asesoramiento en materia financiera - lo que determinará la necesidad o no de hacer el test de idoneidad - no ha de estarse tanto a la naturaleza del instrumento financiero como a la forma en que este es ofrecido al cliente, valoración que debe realizarse con los criterios establecidos en el artículo 52 de la Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento financiero en materia de inversión del artículo 4.4 de la Directiva MiFID, según la doctrina fijada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L. (C- 604/2011), conforme a la cual tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un *swap* realizada por la entidad financiera al cliente inversor " que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público". Además, en la sentencia de 20 enero 2014 esta Sala se refirió a la diferente función de ambas evaluaciones, distinguiendo la finalidad del test de conveniencia - que va dirigido a la valoración de los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con el objetivo de que la entidad financiera pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera y pueda determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa, en los términos que establece el art. 73 del Real Decreto 217/2008 - de la finalidad del test de idoneidad - que procede, como se ha dicho, cuando se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de cartera mediante la realización de una recomendación personalizada - en el que se suma el test de conveniencia (sobre conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente) a un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan, según especifica el art. 72 del Real Decreto 217/2008 .

A partir de las anteriores consideraciones relativas al deber de información de la entidad financiera al cliente minorista en la contratación de productos complejos, en la sentencia de 20 enero 2014, se fijó, tras analizarse en ella la reiterada doctrina de esta Sala sobre los requisitos del error vicio de consentimiento, la doctrina relativa a la incidencia del incumplimiento de ese deber en la apreciación del error vicio del consentimiento cuando haya un servicio de asesoramiento financiero, doctrina que se reitera en la presente sentencia y que puede resumirse en los siguientes puntos:

- a) El incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo.
- b) El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto, en este caso el *swap* .
- c) La información - que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros ( art. 79 bis 3 Ley de Mercado de Valores ) - es imprescindible para que el cliente



minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

d) El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente.

e) En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo; y la omisión del test que debía recoger esa valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, permite 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 del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo ”.

3. La sentencia del Tribunal Supremo de 12 enero 2015 , en torno a las consideraciones generales sobre el error vicio del consentimiento, señala: "La sentencia del pleno de esta sala num. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , recoge y resume la jurisprudencia dictada en torno al error vicio. Afirmábamos en esa sentencia, con cita de otras anteriores, que hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. El respeto a la palabra dada ("pacta sunt servanda") impone la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y quien lo sufrió pueda quedar desvinculado. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos, recogidos en la regulación contenida en el Código Civil y en la jurisprudencia dictada en esta materia. Es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que la equivocación se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

El art. 1266 del Código Civil dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer (además de sobre la persona, en determinados casos) sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato ( art. 1261. 2 del Código Civil ). La jurisprudencia ha exigido que el error sea esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones, respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa ( sentencia núm. 215/2013, de 8 abril ). El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. El Código Civil no menciona expresamente este requisito, pero se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe. La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba al contratar. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida. 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 definitiva, el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración.

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".

4. Como se viene diciendo, la cuestión que se suscita se polariza en torno a la información precontractual o previa a la perfección del contrato. Y, al respecto, en el caso presente, debe partirse de las siguientes consideraciones:

i) La orden de suscripción de valores suscrita por la demandante y la entidad "Caixanova " en fecha 20 de noviembre de 2009, tenía por objeto la adquisición de obligaciones subordinadas "2208020083 Obli. Subordinadas Caixanova 6ª E/12-09" por un nominal total de 10.000 euros. Tales participaciones (al igual que las participaciones preferentes), como se deja dicho, deben calificarse como un producto complejo, en cuanto se incluyen en la categoría de "instrumentos financieros derivados" y por ello se califican en la Ley de Mercado de Valores ( arts. 2. 2 y 79 bis, apartado 8), en coherencia con la Directiva 2004/39 , como "productos complejos" por contraposición a los "no complejos" ( sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013 ).

ii) En atención a la fecha de celebración del contrato (20 de noviembre de 2009), resulta de aplicación la doctrina normativa de la Ley del Mercado de Valores, tras la reforma operada por la Ley 47/2007 para incorporar la Directiva 2004/39/CE [MIFID].

iii) La actora, a los efectos prevenidos en el art. 78 bis de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre , por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, debe catalogarse como cliente minorista y **consumidor**: Y, en efecto, en las hojas sobre "Mercados de Instrumentos Financieros. Información Precontractual" que emite "Caixanova" se expone: " *Caixanova con el fin de proporcionarle el mayor nivel de protección previsto en esta normativa, le informa que ha sido incluido en la categoría de clientes minoristas* " .

iv) La entidad "Caixanova" actuó prestando un servicio de asesoramiento financiero, con arreglo a lo dispuesto en el art. 4. 4 de la Directiva 2004/39/CE y 52 de la Directiva 2006/73/CE y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013 , en la medida en que se trata de un producto que fue recomendado y ofrecido por un comercial de la propia entidad de crédito y de forma personalizada a la actora. En efecto, la Sra. Tarsila , empleada de la entidad demandada y directora de la sucursal donde se suscribieron los contratos, reconoce que realizó una labor de asesoramiento a la demandante. A partir de tales declaraciones, no supone mayor esfuerzo lógico considerar que efectivamente se realizaron recomendaciones personalizadas a la hoy actora, en su condición de posible inversora, recomendaciones basadas en sus circunstancias personales y sin que conste ni se haya acreditado que la inversión hubiere sido divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público. En suma, y siguiendo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 30 de mayo de 2013 , tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un *swap* (en el caso, participaciones preferentes) realizada por la entidad financiera al cliente inversor "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55).

5. l) La sentencia del Tribunal Supremo de 20 enero 2014 , respecto a las evaluaciones, expone: "Evaluación de la conveniencia y de la idoneidad. Además, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad.

La entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia, conforme a lo previsto en el art. 79 bis. 7 Ley de Mercado de Valores ( art. 19.5 de la Directiva 2004/39/CE ), cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa. Como aclara el art. 73 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero , se trata de cerciorarse de que el cliente "tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado". Esta "información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del



cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previsto, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

- a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que está familiarizado el cliente.
- b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado.
- c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes" ( art. 74 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero ).

Contrariamente a lo que entiende el recurrente, estas exigencias propias del test de conveniencia son menores que cuando debe valorarse la idoneidad del producto conforme al art. 79 bis. 6 Ley de Mercado de Valores ( art. 19.4 Directiva 2004/39/CE ). El test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan. Para ello, especifica el art. 72 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero , las entidades financieras "deberán obtener de sus clientes (...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes condiciones:

- a) Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.
- b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...).
- c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción (...).

II) Respecto a las evaluaciones, aunque se puso a la firma de la actora un cuestionario sobre "conocimientos y experiencia de inversión financiera" (que, efectivamente, suscribió el 20 de noviembre de 2009) lo cierto es que escaso valor real puede concederse al mismo. Y es que no parece sino un test tipo, que no recoge con fidelidad las circunstancias personales de la cliente en relación con su experiencia financiera. Así, por ejemplo, se indica que la cliente ha efectuado durante los tres últimos años, inversiones de riesgo medio, cuando no había contratado participaciones preferentes u obligaciones subordinadas con anterioridad (o cualquiera otro de los productos que en el documento se incluyen en el grupo de riesgo medio). Además, debe precisarse que tal evaluación se hace el mismo día y al propio tiempo en que se firma la orden de suscripción de las participaciones preferentes, de modo que debe excluirse que hubiere podido ser objeto de una valoración antecedente por personal de la entidad, por lo que no responde a la realidad la anotación que se consigna al pie de la "orden de suscripción de valores", en cuanto señala que: "*Caixanova le informa de que la operación solicitada es adecuada, de acuerdo con la información disponible con sus conocimientos y experiencia inversora*". En definitiva, se trataría de una evaluación huérfana del más mínimo rigor y que, en cualquier caso carecía de finalidad, porque la entidad (habida cuenta que es simultánea a la firma del contrato) prescindió de su valoración a la hora de determinar la conveniencia del producto ofrecido, cuando la propia entidad reconoce (hoja de "Mercados de Instrumentos Financieros. Información Precontractual") que sin la información proporcionada por el test de conveniencia "*no podríamos valorar la adecuación de sus operaciones*". Tal falta de rigor en la elaboración de los tests de evaluación se confirma observando que, con posterioridad, se sometieron nuevos tests de conveniencia a la misma cliente, siendo así que el que lleva fecha 20 de octubre de 2011 alcanzó la conclusión de la conveniencia para grupos de productos 1 (en el que no se integran las obligaciones subordinadas ni las participaciones preferentes), en tanto que el realizado en fecha 2 de noviembre de 2011 (es decir, solamente 13 días después), la conclusión es la conveniencia para estos productos.

Finalmente, y habiendo existido, como se deja expuesto, asesoramiento en materia de inversión, la entidad demandada también incumplió la obligación de realizar el test de idoneidad ( artículo 79 bis.6 de la Ley de Mercado de Valores ).

III) En cualquier, caso y sin dejar de vista tal antecedente, debe recordarse la doctrina jurisprudencial expresiva de que lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la



operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el producto, como si, al hacerlo, tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo, por lo que, a tal objeto, debe analizarse el contenido y alcance de la información proporcionada.

A la vista de la actividad probatoria de litis, puede afirmarse que no se realizó información precontractual por escrito. En efecto, toda la documentación de tal carácter que fue entregada a la hoy actora se limita a un "Resumen" del "Tríptico Sexta Emisión de Obligaciones Subordinadas Caixanova" y la hoja denominada "Mercados de Instrumentos Financieros. Información Precontractual".

El llamado "Resumen" (como se señala en el mismo), no es sino una introducción al "Folleto" y este incluye el "Resumen" propiamente dicho, el Documento Registro del Emisor y la Nota de Valores". Por ello en la misma hoja se señala que " *el presente resumen debe leerse como introducción al Folleto* ". Y no consta que se hubiere entregado el "Folleto" en su integridad, siendo así que en la hoja "resumen", se consigna que " *Toda decisión de invertir en los Valores debe estar basada en la consideración por parte del inversor del Folleto en su conjunto* ".

Finalmente, la hoja llamada "Mercados de Instrumentos Financieros. Información Precontractual" no solamente no contiene información concreta sobre la naturaleza, características y riesgos del producto, sino que incluye referencias claramente inexactas y tergiversadas. Así se expone que " *el cliente reconoce haber recibido la información relativa a las políticas de gestión de conflictos de interés, salvaguarda de activos y ejecución óptima de operaciones con suficiente antelación a la formalización del contrato, y manifiesta comprender su contenido y que ha recibido información detallada sobre la tarifa de comisiones y gastos repercutibles aplicables, así como información detallada sobre los riesgos relacionados con los productos relacionados con dichos contratos y sobre el resumen de condiciones esenciales de incentivos percibidos o pagados a terceros* ". Pues bien, ni se entregó documentación alguna correspondiente a las "políticas de gestión de conflictos de interés, salvaguarda de activos y ejecución óptima de operaciones", ni relativa a "los riesgos relacionados con los productos de los contratos" o sobre "resumen de condiciones especiales de incentivos".

Pero es que, además, la entrega de la documentación relacionada con la adquisición de las obligaciones subordinadas se hizo no solamente en la misma fecha (20 de noviembre de 2009, cual consta en los documentos), sino también en unidad de acto (documentación pretendidamente precontractual y contrato). Y esta circunstancia, al tiempo que apercibe del carácter meramente rituario y formalista de la información, excluye la posibilidad de que pueda considerarse información precontractual propiamente dicha, al ser ofrecida al mismo tiempo de la firma del contrato principal y, por ello, sin la suficiente antelación y sin conceder tiempo material para el estudio y análisis de la documentación (ni siquiera para una simple y rápida lectura) y la comprensión de los términos de la misma. Al respecto, las sentencias del Tribunal Supremo de 10 septiembre 2014 y 12 enero 2015, declaran que la empresa que presta servicios de inversión tiene el deber de informar con suficiente antelación. Y es que el art. 11 de la Directiva 1993/22 /CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, establece que las empresas de inversión tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente "en el marco de las negociaciones con sus clientes" y el art. 5 del anexo del Real Decreto 629/1993, exige que la información sea "clara, correcta, precisa y suficiente" y que la que debe suministrarse a la clientela "sea entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación".

IV) Respecto a la información verbal, la entidad demandada habla en su contestación a la demanda de "explicaciones presenciales por los empleados bancarios". En realidad la información oral al cliente, se la habría proporcionado la Sra. Tarsila, empleada de la entidad demandada y directora de la sucursal donde se suscribieron los contratos, que fue la persona que le ofreció los productos y negoció su adquisición. De sus manifestaciones se colige que no solamente no se dio información de los aspectos más relevantes de aquellos productos, sino que no se advirtió de los factores de riesgo de los valores, en concreto, los riesgos de tipo de cambio, riesgo de interés, riesgo operacional, riesgo de liquidez, etc.

Consecuentemente y como se ha señalado en relación con operaciones similares de la misma entidad respecto a los mismos productos, no cabe alcanzar sino la conclusión de que la empleada de la entidad "Caixanova" no se cercioró de si el contrato de adquisición de obligaciones subordinadas era o no el conveniente o apropiado para la cliente, a partir de las oportunas y correctas evaluaciones y no proporcionó a la interesada datos veraces y reales sobre el producto, esencialmente los relativos a los riesgos (como señala la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 7 julio 2014, el error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto). Tampoco por escrito se facilitó información y no consta, por otro lado, que la ahora demandante hubiere adquirido tal conocimiento por otros medios (no consta acreditada una especial cualificación en relación con los conocimientos específicos de este tipo de productos financieros complejos, sin que sea aceptable que el dato de ser licenciada en derecho, dedicada a la asesoría laboral, la convierta, por sí solo, en persona experta financieramente hablando. Y así, ausente (o, cuando menos, improbable) la preparación personal suficiente para comprender la complejidad



de los contratos, sin que recibiera una explicación completa y real del tipo de producto y especialmente de sus altos riesgos (se insiste, elemento esencial y decisivo), se constata un consentimiento no informado y, por tanto, viciado por concurrir error. Y sin que se oponga a tal conclusión el requisito de la inexcusabilidad del error, por cuanto, como señala la citada sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2014 : "El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente". Y es que, como sanciona la sentencia del Tribunal Supremo de 12 enero 2015 , "El incumplimiento por la demandada del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a sus clientes y, en concreto, sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico, puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, y le impone esa obligación con carácter previo a la celebración del contrato y con suficiente antelación, lo que implica que debe facilitar la información correcta en la promoción y oferta de sus productos y servicios y no solamente en la documentación de formalización del contrato mediante condiciones generales, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada ( art. 12 de la Directiva y 5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo ), en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico".

Naturalmente, idéntico criterio debe aplicarse en relación con las distintas órdenes de valores de 2 y 3 de noviembre de 2011, que tenían por objeto la suscripción de "Participaciones Preferentes Caixanova E/17-06-2009" y "Obligaciones Subordinadas Caixanova E/01-04", respecto de las que no se ofreció la más mínima información previa oral o por escrito.

En suma, y en relación con los dos primeros apartados impugnatorios del recurso, ni la sentencia incurre en error valorativo por apreciar que ha habido vicio del consentimiento en la contratación, ni la valoración probatoria puede calificarse de ilógica, ni, en fin, existe vulneración de la doctrina normativa de la ley de Mercado de Valores, en relación con las obligaciones informativas que la misma impone.

**SEGUNDO** .- *Infracción de los arts. 1309, 1311 y 1313 del Código Civil y de la doctrina de los actos propios* .

La parte recurrente alega la existencia de actos propios que demostrarían la existencia de una confirmación tácita de los contratos de participaciones preferentes, de suerte que devendría de aplicación la doctrina normativa del art. 1313 del Código Civil , según el que la confirmación purifica al contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración. Como actos de la actora confirmatorios o que se vinculan con la doctrina de los actos propios, cita la parte recurrente el haber percibido la demandante los intereses devengados desde la primera suscripción y la ausencia de queja hasta el momento en que se dejaron de percibir los rendimientos.

Tal pretensión deviene improsperable. El art. 1311 del Código Civil dispone que se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo esta cesado, el que tuviere derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo.

Y, como es conocido la llamada doctrina de los actos propios, surgida originariamente en el ámbito del derecho privado, significa la vinculación del autor a una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito en el sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia con el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos. En tal sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 9 mayo 2000 , recuerda: "Como ha señalado la reciente sentencia de esta



Sala de 28 de enero de 2000 «el principio general de derecho que veda ir contra los propios actos ("nemo potest contra proprium actum venire"), como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, cuyo apoyo legal se encuentra en el art. 7. 1 del Código Civil que acoge la exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico, y con base en el que se impone un deber de coherencia en el tráfico sin que sea dable defraudar la confianza que fundadamente se crea en los demás, precisa para su aplicación la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca, del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción, en el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior; y esta doctrina (recogida en numerosas sentencias de la Sala, como las de 27 enero y 24 junio 1996 ; 16 febrero , 19 mayo y 23 julio 1998 ; 30 enero , 3 febrero , 30 marzo y 9 julio 1999)" . Y, en relación con sus requisitos, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 mayo 2001 , expone: "... hay que consignar que es principio general de Derecho, que afirma la inadmisibilidad de venir contra los actos propios, principio que tenía ya constancia en el añejo texto de Las Partidas, y que supone un límite del derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia de la buena fe y de la exigencia de la observancia de una coherencia en el ámbito del tráfico jurídico y siempre que concurren los presupuestos o requisitos exigidos por la doctrina para su aplicación y que son los siguientes: a) En primer lugar, que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una determinada situación jurídicamente afectante a su autor y b) que exista una incompatibilidad o contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta precedente ( sentencias, por citar entre las más recientes, de 18 de enero de 1990 , 5 de marzo de 1991 , 4 de junio y 30 de diciembre de 1992 , 12 y 13 de abril y 20 de mayo de 1993 , 17 de diciembre de 1994 , 31 de enero , 30 de mayo y 30 de octubre de 1995 , 21 de noviembre de 1996 , 4 de enero , 13 de julio , 1 de octubre y 16 de noviembre de 1999 , 23 de mayo , 25 de julio y 25 de octubre de 2000 , 27 de febrero y 16 de abril de 2000)".

Pues bien, la percepción de rendimientos, sin deducir queja, objeción o reparo alguno, no puede considerarse como vinculante acto propio, ni entraña acto alguno de confirmación tácita del contrato. La jurisprudencia interpretativa del art. 1311 del Código Civil señala que para que se produzca la confirmación tácita es preciso que el acto inequívocamente confirmatorio se realice una vez que se tiene conocimiento de la causa de nulidad y habiendo esta desaparecido ( sentencias del Tribunal Supremo 10 abril 1976 , 27 octubre 1980 , 4 julio 1991 , 15 febrero 1995 , 12 noviembre 1996 y 4 octubre 1998 ). Y la percepción de intereses, (y, con más razón la ausencia de queja o reclamación) no supone el conocimiento de la causa de nulidad, en la medida en que constituye una consecuencia necesaria y propia del contrato que la actora creía haber celebrado. De modo que, cuando comprueba la verdadera naturaleza del producto que había adquirido, deduce ya la primera reclamación (reclamación al Instituto Gallego de Consumo, en fecha 26 de julio de 2012). Ello además de que la confirmación exige ineludiblemente una actividad libre y consciente, con ánimo o voluntad convalidante ( sentencias del Tribunal Supremo de 6 noviembre 1948 y 12 noviembre 1996 ), que no puede deducirse de la actitud pasiva respecto a recepción de intereses, sin que tampoco quepa inferir de tal hecho la voluntad de renunciar la acción de nulidad del contrato.

### **TERCERO** .- *Infracción del art. 1301 del Código Civil* .

La denuncia de vulneración del art. 1301 del Código Civil en cuanto fija el tiempo de ejercicio de la acción de nulidad, se ampara en que la sentencia de instancia no declara la caducidad de la acción respecto de la contratación de 20 de noviembre de 2009 .

Como se ha expuesto en ocasiones anteriores, la polémica doctrinal relativa a si el recurso de apelación se ha de contemplar como comprendido dentro del modelo de la apelación plena o el de la apelación limitada, o sea el que contempla la apelación como un nuevo proceso - *novum iudicio* - o como un sistema de revisión del primer proceso - *revisio prioris instantiae* - estaba ya perfectamente resuelta en nuestra doctrina jurisprudencial y así la sentencia de 9 de junio de 1997 , recordaba la jurisprudencia reiterada de la Sala, de la que es buena muestra la sentencia del Tribunal Supremo de 21 abril 1992 , en relación con el principio de congruencia que han de respetar las sentencias y los límites del recurso de apelación, es doctrina reiterada de esta Sala, de la que son manifestación, entre otras las sentencias de 28 noviembre y 2 diciembre 1983 , 6 marzo 1984 , 20 mayo y 7 de julio 1986 y 19 julio 1989 , la de que no pueden tenerse en cuenta, a fin de decidir sobre ellas, las pretensiones formuladas en el acto de la vista del recurso de apelación, al ser trámite no procedente a tal propósito, pues el recurso de apelación aunque permite al Tribunal de segundo grado conocer en su integridad del proceso, no constituye un nuevo juicio ni autoriza a resolver problemas o cuestiones distintas de los planteadas en la primera instancia, dado que a ello se opone el principio general de derecho *pendente appellatione, nihil innovetur* . Y también la sentencia de 25 de septiembre de 1999 , expresiva de que no cabe la menor duda que la preclusión de las alegaciones de las partes, es el sistema establecido en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, que significa que las alegaciones de las partes en primera instancia que conforman el



objeto procesal, impide que se puedan ejercitar pretensiones modificativas que supongan un complemento al mismo, impedimento que debe regir durante todo el proceso, tanto en primera instancia como en apelación. De todo ello es claro ejemplo la sentencia de esta Sala de 6 de marzo de 1984, cuando en ella se dice que el recurso de apelación en nuestro ordenamiento jurídico, aunque permita al Tribunal de segundo grado examinar en su integridad el proceso, no constituye un nuevo juicio, ni autoriza a aquél a resolver cuestiones o problemas distintos a los planteados en primera instancia, dado que a ello se opone el principio general del derecho - *pendente appellatione, nihil innovetur* -. No pudiendo nunca olvidarse que el concepto de pretensiones nuevas comprende tanto a las que resulten totalmente independientes a las planteadas ante el Tribunal *a quo*, como a las que suponen cualquier modo de alteración o complementación de las mismas. En resumen que en todo caso, una posición contraria atacaría el principio procesal de prohibición de la *mutatio libelli*.

Todavía matiza más la doctrina jurisprudencial, al negar la admisibilidad de que las partes planteen cuestiones nuevas con base en afirmaciones diferentes de aquellas de las que se parte en los escritos rectores de la litis, pues ello causaría indefensión a la adversa, en cuanto no pudieron ser redargüidas por ésta (sentencias de 15 abril 1991, 14 octubre 1991, 28 enero 1995 ó 28 noviembre 1995), implicando lo contrario infracción del art. 24 de la Constitución Española al no darse a la contraparte posibilidad de alegar y probar lo que estime conveniente a su derecho (sentencias de 3 abril 1993, que cita las de 5 diciembre 1991, 20 diciembre 1990, 18 junio 1990, 20 noviembre 1990 e igualmente sentencia de 25 febrero 1995), tal y como apuntó igualmente la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 septiembre 1992, que razonó que la introducción de hechos posterior a la fase expositiva del proceso supone una modificación sustancial de los términos del debate procesal que afecta al principio de contradicción y por ende al fundamental derecho de defensa y, en análogo sentido, las sentencias de 7 mayo 1993, 2 julio 1993, 29 noviembre 1993, 11 abril 1994, 19 abril 1994, 22 mayo 1994, 4 junio 1994, 20 septiembre 1994, 6 octubre 1994, 15 marzo 1997, 22 marzo 1997 y 15 febrero 1999, que glosa las de 30 noviembre 1998, 15 junio 1998, 8 junio 1998, 12 mayo 1998 y 11 noviembre 1997, igualmente sentencias de 12 marzo 2001, 15 marzo 2001, 17 mayo 2001, que cita, entre otras, la de 20 enero 2001, resoluciones que recogen el principio de preclusión referido al planteamiento de cuestiones nuevas en casación, pero igualmente aplicables a la apelación.

Finalmente la afirmación de que las cuestiones nuevas chocan además contra los principios de audiencia bilateral y congruencia, se recoge, entre otras muchas, en las sentencias de 19 diciembre 1997, 19 junio y 31 octubre 1998, 1 y 31 diciembre 1999, 2 y 9 febrero, 23 mayo y 31 julio 2000.

Y tal doctrina ha tenido reflejo normativo en el art. 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: ("en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de instancia..."), que se relaciona con el art. 412. 1 de la misma norma: establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvenición, las partes no podrán alterarlo posteriormente" y el art. 218. 1 también de la Ley de Enjuiciamiento Civil: el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes. Es decir, el ámbito del recurso no puede superar o ser más amplio que el de las actuaciones que lo motivaron, de suerte que resulta prohibida la posibilidad de formalizar nuevas pretensiones o motivos de oposición por las partes.

La cuestión relativa a la caducidad de la acción de nulidad en relación con la contratación de 20 de noviembre de 2009 (contrato de depósito o administración de valores y orden de suscripción de obligaciones subordinadas) se introduce por vez primera en el escrito de interposición y, por consiguiente, debe decaer en tanto que intempestiva, de conformidad con la doctrina normativa y jurisprudencial expuesta.

**CUARTO** .- Nulidad de los contratos de depósito y administración de valores de fechas 20 de noviembre de 2009 y 20 de octubre de 2011.

Denuncia la parte recurrente que la sentencia de instancia no especificaba las razones que llevan a declarar la nulidad de los contratos de depósito y administración de valores.

Evidentemente no es así. En el Fundamento de Derecho Tercero, la sentencia señalaba que aun cuando en los actos jurídicos que las partes realizaron sería posible diferenciar rasgos propios de tres tipos de negocios jurídicos diversos (depósito y administración de valores, mandato y compraventa), existe una evidente unidad jurídica y económica que hace que deban considerarse como partes integrantes de una relación jurídica compleja. De modo y manera que la declaración de nulidad de los contratos de depósito y administración de valores se hace en función de la vinculación con los contactos de suscripción de obligaciones subordinadas y participaciones preferentes.

Sin desconocer que el contrato de depósito y administración de valores es un contrato tipo o marco que tiene como finalidad regular el depósito y administración por parte de la entidad, de aquellos valores negociables u



otros activos financieros propiedad del titular que mantenga en la cuenta abierta en la entidad a tal efecto, no es posible olvidar, en el presente caso, la absoluta vinculación de aquellos contratos con las diversas órdenes de suscripción de los productos.

Los contratos de que se trata fueron suscritos, el primero en fecha 20 de noviembre de 2009, es decir, el mismo día en que se suscribieron las órdenes de compra de las obligaciones subordinadas "Caixanova 6ª E/12-09" y el segundo el 20 de octubre de 2011, es decir, en la misma fecha en que se realizó el test de conveniencia con vistas a la suscripción de las demás obligaciones subordinadas y participaciones preferentes, que tuvo lugar los días 2 y 3 de noviembre de 2011. Por lo tanto ambos contratos de depósito y administración de valores se firmaron en función de la inmediata suscripción de los productos financieros.

Y las especificaciones de los contratos son claras en cuanto a la vinculación. Sin ánimo exhaustivo, precisaremos:

Al suscribirlos las partes contratantes se someten a las normas de conducta y requisitos de información previstos en la legislación del Mercado de Valores.

El objeto de las condiciones generales que rigen el contrato es "regular las relaciones entre Caixanova y cliente para los contratos de valores, complementándose con las condiciones particulares previstas para cada uno en concreto y, en caso de discrepancia entre ambas, las particulares prevalecerán sobre las generales".

"Caixanova" podrá, a su libre voluntad, resolver anticipadamente el contrato, en el caso de recibir orden de restitución, venta o traspaso de la totalidad de los valores objeto del contrato.

El titular está obligado a mantener en "Caixanova" una cuenta (la "cuenta asociada"), vinculada al contrato, en la que se recogerán los abonos y cargos dimanados del mismo y de los valores, obligándose a efectuar las correspondientes provisiones de fondos en dicha cuenta para hacer frente a las obligaciones contractuales.

"Caixanova" proporcionará al titular todas aquellas informaciones referentes a las operaciones contratadas por ellos referentes a los valores objeto del contrato.

En fin, salvo indicación expresa en contrario, el contrato será aplicable, no solamente a los valores que el titular aporte a la fecha de su firma, sino a cualesquiera otros que en el futuro puedan incorporarse al mismo, no precisando en consecuencia para estos la firma de nuevo documento contractual.

**QUINTO** .- *Costas procesales* .

De conformidad con lo dispuesto en el art. 398. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el artículo 394.

En atención a lo expuesto y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos confiere la Constitución Española.

## FALLAMOS

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D.ª Gisela Álvarez López, en nombre y representación de la entidad NCG Banco S. A." contra la sentencia de fecha catorce de marzo de dos mil catorce, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Vigo, confirmamos la misma, con imposición, a la parte apelante, de las costas procesales del recurso.

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

La presente resolución podrá impugnarse ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, a medio de recurso de casación por interés casacional y/o extraordinario por infracción procesal, que se interpondrán ante esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial, en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de la misma.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.