



Roj: **SAP PO 1227/2015 - ECLI:ES:APPO:2015:1227**

Id Cendoj: **36057370062015100287**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vigo**

Sección: **6**

Fecha: **25/06/2015**

Nº de Recurso: **350/2014**

Nº de Resolución: **295/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **EUGENIO FRANCISCO MIGUEZ TABARES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6PONTEVEDRA**

**SENTENCIA: 00295/2015**

**AUD.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 0008029

**ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000350 /2014**

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

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000438 /2013

Recurrente: Belen , Candida , Celsa , Debora

Procurador: MARIA JESUS NOGUEIRA FOS, MARIA JESUS NOGUEIRA FOS , MARIA JESUS NOGUEIRA FOS , MARIA JESUS NOGUEIRA FOS

Abogado: JOSE MANUEL LORENZO FERNANDEZ, JOSE MANUEL LORENZO FERNANDEZ , JOSE MANUEL LORENZO FERNANDEZ , JOSE MANUEL LORENZO FERNANDEZ

Recurrido: NCG BANCO, S.A.

Procurador: FATIMA PORTABALES BARROS

Abogado: ADRIAN DUPUY LOPEZ

**LA SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SEDE VIGO**, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados DON JAIME CARRERA IBARZABAL, Presidente; DOÑA MAGDALENA FERNÁNDEZ SOTO y DON EUGENIO FRANCISCO MÍGUEZ TABARÉS, han pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

La siguiente

**SENTENCIA núm. 295**

En Vigo, a Veinticinco de Junio de dos mil quince.

Vistos en grado de apelación ante esta Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sede Vigo, los autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO número 438/2013, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 14 DE VIGO, a los que ha correspondido el núm. de Rollo de apelación 350/14, en los que es parte **apelante** -dte.: Belen , Candida , Celsa Y Debora , representados por el Procurador Dª Mª JESUS **NO** GUEIRA FOS y asistidos



del letrado D. JOSÉ MANUEL LORENZO FERNÁNDEZ; y, **apelada** -ddo.: NCG BANCO S.A. representado por el procurador D<sup>a</sup> FATIMA PORTABALES BARROS y asistido del letrado D. ADRIAN DUPUY LÓPEZ.

Ha sido Ponente el Il<sup>mo</sup>. Magistrado DON EUGENIO FRANCISCO MÍGUEZ TABARÉS, quien expresa el parecer de la Sala.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- Por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia núm. 14 de Vigo, con fecha 17 de Marzo de 2014, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

" Desestimar la demanda presentada doña Belen , doña Candida , doña Celsa y doña Debora frente a NCG Banco S.A.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y la mitad de las comunes."

**SEGUNDO.**- Contra dicha Sentencia, por la representación procesal de D<sup>a</sup> Belen , Candida , Celsa Y Debora , se preparó y formalizó 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 presente rollo, señalándose para la deliberación del recurso el día 18 de Junio de 2015.

**TERCERO.**- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- En la demanda que ha dado origen al presente proceso se solicita, entre otros pronunciamientos, que se declare la nulidad del contrato de participaciones preferentes de fecha 18 de febrero de 2005. Se basa la reclamación en la existencia de vicio de consentimiento por error padecido por el contratante.

Frente a la sentencia dictada en la instancia desestimatoria de dicha acción se alza la parte actora alegando infracción de la valoración y de la carga de la prueba.

**SEGUNDO.**- La parte recurrente invoca el art. 218-2 LEC , pero el mismo hace referencia a la necesidad de motivación de la sentencia; sin embargo del examen de la citada resolución observamos que en su sentencia el juez a quo ha dado cumplida respuesta a la acción ejercitada en la demanda y a las pretensiones planteadas en el suplico de la misma y también a las alegaciones contrarias formuladas de adverso por la parte demandada, explicando en la fundamentación jurídica las razones que le han llevado a dictar el pronunciamiento correspondiente; cuestión distinta es que se comparta o no el mismo, extremo que constituye la razón de fondo del recurso de apelación ahora interpuesto. Así la STS Sala 1<sup>a</sup>, de 31 de enero de 2007 dispone que "La motivación de la sentencia exige dar los argumentos correspondientes al fallo, es decir, la explicación, jurídicamente fundada, de la resolución acordada, sin necesidad ni de una especial extensión, ni de una relación agotadora de argumentos o una cita exhaustiva de preceptos legales, ni de dar respuesta a cada una de las razones esgrimidas en apoyo de las pretensiones de las partes, pues basta que se expongan de manera inteligible los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Así se expresa en la doctrina del Tribunal Constitucional ( SSTC 187/2000, de 10 de julio y 214/2000, de 18 de septiembre , 35/2002 , 196/2003, de 27 de octubre , y 218/2006, de 3 de julio) y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo ( SSTS de 2 de noviembre de 2001 , 1 de febrero de 2002 , 8 de julio de 2002 , 17 de febrero de 2005 , 27 de septiembre de 2005 , 23 de mayo de 2006 , 19 de abril de 2006 , 31 de mayo de 2006 , 17 de mayo de 2006 , 17 noviembre de 2006 y 1 de diciembre de 2006 , entre otras)". Añade la citada sentencia que "La cita de preceptos legales no es esencial para la formulación del razonamiento en que se funda la decisión judicial si de su argumentación se infiere el proceso lógico, fundado en la aplicación del Ordenamiento jurídico, que ha conducido a las conclusiones reflejadas en el fallo".

**TERCERO.**- La parte recurrente plantea como cuestión de fondo la inexistencia del consentimiento, lo que se deduce tanto del suplico de la demanda como de los fundamentos jurídicos de la misma, en los que se invoca la falta de consentimiento en la adquisición de los títulos de participaciones preferentes.

No existe duda que el documento de suscripción compraventa de valores de fecha 18 de febrero de 2005 constituye un supuesto de contrato de adhesión por cuanto el cliente no ha intervenido en forma alguna en la redacción de dicho documento, que ha sido elaborado por la entidad bancaria, por lo que para la validez de los mismos debe resultar acreditado que ha existido un conocimiento claro y plena conciencia por parte del cliente acerca de lo que contrató. Esto supone que en la fase precontractual don Constantino debió recibir una



información completa y precisa acerca de las características del producto y de los riesgos que asumía. Nos encontramos en el presente supuesto ante la dificultad que supone el hecho de que don Constantino falleció el 22 de diciembre de 2005 y que también ha fallecido el director de la oficina en la que se contrató el producto, por lo que carecemos de información suficiente acerca de la información verbal que pudo suministrarse para proceder a la adquisición de las participaciones preferentes.

Debemos entonces ceñirnos en exclusiva a la documentación obrante en las actuaciones para analizar si con la misma cabe deducir la existencia del vicio de consentimiento denunciado en la demanda y que sirve de base a la acción de nulidad ejercitada en la misma. La parte demandada alega que en el año 2003 ya había adquirido participaciones preferentes de Union Financial Services USA, LLC, tal y como resulta del documento obrante al folio 116 de las actuaciones, pero con base exclusivamente en dicho dato no cabe deducir que don Constantino era una persona inversora con conocimientos profundos de los mercados financieros, ni persona experta en la materia, por lo que no cabe liberar a la entidad de crédito de la obligación de ofrecer de forma adecuada la información del producto que oferta.

La parte demandada en la contestación a la demanda alegó la existencia de actos propios al haber venido percibiendo rendimientos por el producto contratado. Debemos recordar que, tal y como se señala en la STS Sala 1ª, de 29 de noviembre de 2005, "La doctrina de los actos propios tiene su último fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables ( sentencias del Tribunal Supremo, entre otras muchas, de 28 de noviembre de 2000 y 25 de octubre de 2000 y sentencias del Tribunal Constitucional 73/1988 y 198/1988 y auto de 1 de marzo de 1993 ). Sin embargo, como recuerdan, entre las más recientes, las sentencias de esta Sala de 14 de octubre de 2005 y 28 de octubre de 2005 , recogiendo doctrina ya sentada, entre otras muchas, en las sentencias de 5 de octubre de 1984 , 5 de octubre de 1987 y 10 de junio de 1994 , el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieren creado una situación o relación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla, constituyendo presupuesto para la aplicación de esta doctrina que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica que afecte a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a aquélla". No concurren en el presente caso los presupuestos exigidos para apreciar la concurrencia de la citada doctrina de los actos propios.

No cabe tampoco apreciar una confirmación tácita con base en el art. 1309 Cc , pero la misma sólo es posible cuando el acto tácito, tal como dispone el art. 1311 Cc , se realice con 1) conocimiento de la causa de nulidad; 2) habiendo esta cesado; y 3) ejecutando un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciar a invocar la causa de nulidad. Sin embargo el hecho de que se acepten liquidaciones positivas no supone conocimiento de la causa de nulidad, de modo que no operaría dicho precepto.

**CUARTO.-** La primera cuestión que debemos analizar, ya que constituye la cuestión de fondo del proceso y del recurso interpuesto por la parte demandada, es si nos encontramos ante un supuesto de nulidad por vicio del consentimiento por error, para lo cual resulta preciso examinar la normativa aplicable, así como la prueba practicada.

El ordenamiento jurídico distingue el grado de información exigible según la calificación, minorista o profesional, que merezca el cliente tras la realización de las preceptivas evaluaciones de idoneidad y conveniencia. Además goza de especial protección el cliente bancario que, al tiempo, tenga la consideración de **consumidor** conforme al RDL 1/2007, que aprueba el TRLGDCU.

Los actores, al igual que la persona que suscribió el contrato don Constantino , deben ser calificados de clientes minoristas en cuanto a su perfil inversor, ostentando además la condición de **consumidores** y, por tanto, siendo merecedores de la máxima protección, extremo este que no es impugnado por la parte demandada, más allá de alegar que el señor Constantino ha realizado otras inversiones en productos similares, tal y como ya hemos mencionado en el fundamento jurídico anterior. Hay que tener en cuenta que las participaciones preferentes constituyen un producto complejo de difícil seguimiento de su rentabilidad y que cotiza en el mercado secundario, lo que implica para el cliente mayores dificultades para conocer el resultado de su inversión y para proceder a su venta, y, correlativamente, incrementa la obligación exigible al banco sobre las vicisitudes que puedan rodear la inversión, entre ellos, los rumores sobre la solvencia del emisor. La Comisión Nacional del Mercado de Valores ha indicado sobre este producto que "son valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada. Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido.... Las PPR no



cotizan en Bolsa. Se negocian en un mercado organizado...No obstante, su liquidez es limitada, por lo que no siempre es fácil deshacer la inversión...".

Ya el art. 79 de la Ley de Mercado de Valores, en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente, la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses del cliente como propios. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, concretó, aún más, la diligencia y transparencia exigidas, desarrollando, en su anexo, un código de conducta presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y obligaba a proporcionar al cliente información suficiente, que se concretaba en el art. 5-3 del anexo que contenía un código general de conducta de los mercados de valores, que obligaba a facilitar a los clientes información clara, correcta, precisa, suficiente reseñando los riesgos que conlleva la inversión. Dicho RD 629/1993 fue derogado por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros-MIFID. Esta norma continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos (art. 79, bis núm. 3, 4 y 7).

El RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, que fue aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, insiste en el deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual. En el caso de las participaciones preferentes y aportaciones financieras subordinadas tal calidad de producto complejo esta? expresamente contemplada en el art. 2.1.h) LMV al que se remite el art. 79.bis.8.a ).

En relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, y sobre todo en el caso de productos de inversión complejos, ha de citarse la STS Sala 1ª, de 14 de noviembre de 2005 en la que se afirma que la diligencia en el asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, y, en segundo lugar, la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de los clientes se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de dicha información. Por tanto, el eje básico de los contratos, cualesquiera que sean sus partes, es el consentimiento de las mismas sobre su esencia, que no debe ser prestado, para surtir eficacia, de forma errónea, con violencia, intimidación o dolo, y esta voluntad de consentimiento para ser válida y eficaz exige por su propia naturaleza que los contratantes tengan plena conciencia y conocimiento claro y exacto de aquello sobre lo que prestan su aceptación y de las consecuencias que ello supone. Esta igualdad esencial que respecto de las partes debe presidir la formación del contrato, ha de desplegar su eficacia en las diferentes fases del mismo. En la fase precontractual debe procurarse al contratante por la propia entidad una información lo suficientemente clara y precisa para que aquel entienda el producto o servicio que pudiera llegar a contratar y si se encuentra dentro de sus necesidades y de las ventajas que espera obtener al reclamar un servicio o al aceptar un producto que se le ofrece. En la fase contractual basta como ejemplo la existencia de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación, en cuyo artículo 8 se mencionan expresamente las exigencias de claridad, sencillez, buena fe y justo equilibrio de las prestaciones en el contrato suscrito entre las partes, que por la propia naturaleza del contrato van a ser fijadas por el Banco en este caso. Posteriormente, ya firmado el contrato, se exige igualmente arbitrar unos mecanismos de protección y reclamación que sean claros y eficaces en su utilización y que vayan destinados a la parte que pudiera verse perjudicada por la firma del contrato, en defensa de los posibles daños a sus intereses.

Pero en algunas ocasiones la Ley concede un plus de protección a la parte que es tenida como débil en el contrato, y así ocurre en la Ley de Defensa de los **Consumidores** y Usuarios, cuyo artículo 3 y bajo la rúbrica "Concepto general de **consumidor** y de usuario", contiene la definición de "**consumidor**" a los efectos de la Ley diciendo que "A los efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son **consumidores** o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional", concepto éste que inequívocamente corresponde aplicar a la actora.



Debemos recordar que son derechos básicos de los **consumidores** y usuarios, entre otros, "La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios...".

En relación con la obligación de informar, la STS Sala 1ª, de 20 de enero de 2014 precisa que "Ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto".

La STS Sala 1ª, de 12 de enero de 2015 establece que "La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID, que es la aplicable en este caso por la fecha en que se concertó el contrato, da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza".

La parte demandada alega que en el documento firmado se hace constar la entrega de un tríptico resumen del folleto informativo completo de la emisión, lo que implica el reconocimiento de su deber de información, por lo que asume implícitamente que su labor de asesoramiento va más allá de lo que podría entenderse como un simple contrato de administración y depósito de valores.

**QUINTO.-** Una vez fijada la normativa y criterios legales y jurisprudenciales aplicables, debemos analizar la prueba existente en las actuaciones con el fin de determinar si concurre la causa de nulidad invocada por la parte recurrente.

Se aporta por la parte demandada un documento denominado "Tríptico-Resumen del Folleto Informativo completo" de la "Emisión de Participaciones Preferentes Serie A", aunque no es propiamente un tríptico, en el que se reseñan aspectos relevantes a tener en cuenta por el inversor, y en el que se indica, entre otros extremos, que se trata de "un producto complejo y de carácter perpetuo", que "no constituye un depósito bancario" y que "las participaciones preferentes son valores con un riesgo elevado, que pueden generar pérdidas en el nominal invertido". Sin embargo debemos precisar en relación con el citado documento aportado con la contestación a la demanda, que no consta que haya sido firmado por el particular contratante acreditando así su entrega al mismo, por lo que en modo alguno cabe considerar que se ha llevado a cabo la información precontractual, por lo que no se ha probado que la información fue ofrecida con carácter previo al cliente para que pudiera examinar la misma. Ciertamente en el documento de suscripción compraventa de valores de fecha 18 de febrero de 2005 se hace constar que "los principales riesgos derivados de la emisión, que se encuentran desarrollados en el Tríptico Resumen del Folleto Informativo Completo"; sin embargo dicha mención no justifica por sí misma la existencia de una información adecuada y suficiente acerca del producto a contratar; y así la SAP de Madrid sec. 19ª, de 31 de marzo de 2014 considera que la "Información (que) no se cumplimenta con la entrega del denominado folleto o tríptico en el que el demandante declara haber recibido la información contenida en ese folleto sin acreditar en que consistió esa información y explicaciones ni cuánto tiempo se dedicó a esa labor para así poder concluir si la misma pudo o no ser suficiente o completa; debiendo recordar con la sentencia de 15 de marzo de 2013 de la Audiencia Provincial de Asturias que la inclusión en el contrato de una declaración de ciencia, que suele constar en los contratos que suscriben los **consumidores**, clientes bancarios o inversores minoristas, en el sentido de haber sido debidamente informados, "no significa que se haya prestado al **consumidor**, cliente o inversor minorista la preceptiva información", ni tampoco "constituye una presunción "iuris et de iure" de haberse cumplido dicha obligación, ni de que el inversor, efectivamente, conozca los riesgos, último designio de toda la legislación sobre transparencia e información", siendo expresión de lo que se dice el art. 89.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios, que considera como cláusulas abusivas "las declaraciones de recepción o conformidad con hechos ficticios",



de lo se viene a inferir que son nulas las declaraciones de ciencia si se acredita que los hechos a los que se refiere son inexistentes o "ficticios", como literalmente se expresa en el término legal; es decir, que como continúa diciendo la sentencia últimamente citada "en el ámbito de la protección del **consumidor**, del cliente bancario o del inversor la formación es considerada por la ley como un bien jurídico y el desequilibrio entre la información poseída por una parte y la riqueza de datos a disposición de la otra es considerado como una fuente de injusticia contractual", de ahí la obligación que el legislador impone a la entidad financiera o al banco para que desarrolle una determinada actividad informativa".

En la documentación citada, concretamente en el tríptico informativo, se reseñan una serie de datos, pero eso no implica que el firmante ordenante de la operación de valores haya obtenido información suficiente, tal y como hemos indicado con anterioridad, ya que dicha información deviene no sólo de los términos de los documentos sino también, y especialmente dada la complejidad de los mismos, de la que le haya sido facilitada por las personas que han intervenido en nombre de la entidad crediticia en la contratación del producto, aunque en este caso no resulta posible concretar este último punto ante el fallecimiento tanto del suscriptor como del director de la oficina que comercializó el producto.

Por lo tanto, al no constar que se haya hecho entrega -previamente a la firma de la Orden de Suscripción de valores- del tríptico informativo del producto en el que se hacen constar advertencias sobre el riesgo que supone su contratación, no cabe considerar que se haya dado cumplimiento a los deberes de información precontractual, pero incluso aun cuando se apreciase que sí se realizó dicha entrega no resultaría válido si se le hubiese entregado esa documentación el mismo día que acudió a la oficina y firmó el contrato, lo que parece deducirse de los concretos términos reflejados en el documento que antes hemos transcrito, ya que no existe tiempo real para su examen (así SAP Madrid Secc. 10ª, de 24 marzo 2014 ). En este sentido la STS Sala 1ª, de 12 de enero de 2015 precisa que "La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13 , en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, declara que las obligaciones en materia de información impuestas por la normativa con carácter precontractual, no pueden ser cumplidas debidamente en el momento de la conclusión del contrato, sino que deben serlo en tiempo oportuno, mediante la comunicación al **consumidor**, antes de la firma de ese contrato, de las explicaciones exigidas por la normativa aplicable".

Debemos, por lo tanto, considerar probado que en la fase previa no consta que se le haya dado al cliente información suficiente sobre los riesgos que asumía, correspondiendo la prueba de tal extremo a la entidad demandada, lo que implica la existencia de vicio en la prestación del consentimiento. Así el art. 1265 Cc dispone que será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo, y el art. 1266 Cc establece que para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

La STS Sala 1ª, de 17 de febrero de 2005 indica que "ha de recordarse la doctrina jurisprudencial según la cual para que un error pueda invalidar un negocio, es preciso que el mismo no sea imputable a quien lo padece, y tal cosa sucede cuando quien lo invoca podría haberlo eliminado empleando una diligencia normal adecuada a las circunstancias, es decir, una diligencia media teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien no merece dicha protección por su conducta negligente ( SS 24 de enero de 2003 , 12 de julio de 2002 y 30 de septiembre de 1999 , entre otras)". Dice la STS Sala 1ª, de 12 de noviembre de 2004 , con cita de la STS de 24 de enero de 2003 que "de acuerdo con la doctrina de esta Sala, para que el error invalide el consentimiento, se ha de tratar de error excusable, es decir, aquel que no se pueda atribuir a negligencia de la parte que lo alega, ya que el error inexcusable no es susceptible de dar lugar a la nulidad solicitada por no afectar el consentimiento, así lo entienden las SS 14 y 18 de febrero de 1994 , 6 de noviembre de 1996 y 30 de septiembre de 1999 , señalándose en la penúltima de las citadas que la doctrina y la jurisprudencia viene reiteradamente exigiendo que el error alegado no sea inexcusable, habiéndose pronunciado por su inadmisión, si este recae sobre las condiciones jurídicas de la cosa y en el contrato intervino un letrado, o se hubiera podido evitar el error con una normal diligencia; con cita de otras varias, la S 12 de julio de 2002 recoge la doctrina de esta Sala respecto al error en el objeto al que se refiere el párr. 1.º del art. 1265 del CC y establece que será determinante de la invalidación del contrato únicamente si reúne dos fundamentales requisitos: a) ser esencial porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste; y b) que no sea imputable a quien lo padece y no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste 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 la declaración ( SS 18 de febrero y 3 de marzo de 1994 )".

Se concreta la doctrina en la citada STS Sala 1ª, de 12 de enero de 2015 al afirmar que "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". Como se concluye en la citada sentencia, 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.

Lo expresado nos lleva a concluir que debemos apreciar la existencia de error por parte de don Constantino en cuanto a lo que constituye el objeto del contrato, es decir la clase de inversión contratada. No cabe imputar responsabilidad al mismo por no haber leído la documentación informativa, pues no consta que les haya sido entregada o, incluso en caso de haberlo sido, que se le haya facilitado con la antelación suficiente para poder examinarla, por lo que existe una clara deficiente información precontractual.

Nos encontramos por lo tanto ante un error en la prestación del consentimiento al versar sobre un elemento esencial del contrato, siendo el mismo excusable, pues no consta que se haya ofrecido información suficiente ofrecida sobre el producto, existiendo pleno nexo causal entre el error cometido y la finalidad pretendida al suscribir el contrato, lo que nos lleva a confirmar en este punto la sentencia de instancia.

**SEXTO.-** Resulta preciso indicar que la parte demandada en su escrito de contestación a la demanda había alegado la caducidad de la acción con base en el art. 1301 Cc , siendo esta incluso apreciable de oficio. Según el citado precepto en los casos de error el plazo de cuatro años empezará a correr desde la consumación del contrato, momento que no se corresponde con la suscripción de la orden, frente a lo sostenido en el recurso. Cuando nos encontramos ante contratos de tracto sucesivo la consumación no tiene lugar hasta la realización de todas las obligaciones dimanantes del contrato o, dicho de otra forma, cuando se extingue por haberse cumplido totalmente las prestaciones.

En este sentido en las Conclusiones de los Magistrados de Audiencias Provinciales de Galicia en jornadas sobre participaciones preferentes y deuda subordinada celebrada el 4/12/2013 se concretó que el dies a quo del cómputo del plazo del ejercicio de la acción de anulabilidad no comienza desde la suscripción del contrato, pues el art. 1301 Cc habla de consumación y no de perfección, que son conceptos doctrinal y jurisprudencialmente distintos, por lo que para la determinación del dies a quo del comienzo del cómputo del plazo del ejercicio de la acción correspondiente, debe acudirse principalmente a lo dispuesto en el art. 1969 Cc , y, por lo tanto, fijar el comienzo del plazo desde que se tiene conocimiento de la existencia del error.

La STS Sala 1ª, de 12 de enero de 2015 es clara al señalar que "No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil , con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio , que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce «la realización de todas las obligaciones» ( sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897 , 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984 ), «cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes» ( sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989 ) o cuando «se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó» ( sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983 )". Concluye dicha sentencia afirmando que "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".

La consumación del contrato no se corresponde entonces con la fecha de la orden de suscripción de valores, al tratarse de un contrato que se encontraba vigente, generando prestaciones recíprocas y entre ellas distintos tipos de intereses pactados, por lo que, en este caso, el cómputo del plazo de caducidad se inicia a partir del momento en que se descubrió el error, y en dicho instante no había transcurrido el plazo de los cuatro años al que se refiere el art. 1301 Cc , lo que nos lleva a desestimar la caducidad inicialmente alegada.

**SÉPTIMO.-** Debemos seguidamente analizar los efectos de la declaración de nulidad a los efectos previstos en el art. 1303 Cc .



El art. 1303 Cc establece los efectos de la declaración de nulidad al disponer que una vez declarada la misma los contratantes deben restituirse recíprocamente el precio con los intereses.

La representación procesal de la parte actora al iniciar la audiencia previa manifestó que el 9 de julio se había producido una compra por el Fondo de Garantía de Depósitos, debiendo deducirse el importe obtenido del principal de 60.000 euros reclamado en la demanda.

La parte actora en el suplico de la demanda interesó, tras la solicitud de la declaración de nulidad de los contratos, la condena de la demandada a abonar a los demandantes la suma de 60.000 euros, así como los intereses legales oportunos, que en la fundamentación jurídica concretó desde la fecha de interposición de la demanda, debiendo estar a dicha petición concreta.

La parte actora aduce que no cabe restituir los intereses percibidos por el producto financiero, sin embargo el art. 1303 Cc establece los efectos de la declaración de nulidad al disponer que, una vez declarada, los contratantes deben restituirse recíprocamente el precio con los intereses, y en el presente caso las cantidades entregadas por la entidad bancaria a los demandantes no se corresponden con lo que constituye el precio del contrato sino con los intereses a cuyo pago venía obligada la entidad de crédito, por lo que el derecho a recuperar las cantidades entregadas surge desde el momento en que se declara la nulidad y el efecto retroactivo se limita al derecho a ser reintegrado de los concretos intereses que había abonado a sus clientes.

Por lo tanto procede condenar a la entidad demandada a restituir a la parte actora la cantidad de 60.000 euros, de la que deberá deducirse el importe ya obtenido en el canje por opción de recuperación de liquidez por venta de acciones al FGD y debiendo asimismo la actora devolver a la demandada el importe correspondiente a los intereses percibidos de la misma con base en el contrato cuya nulidad se declara.

**OCTAVO.-** En relación con las costas causadas en primera instancia al estimarse parcialmente la demanda no procede hacer especial imposición de las costas procesales, de conformidad con lo establecido en el art. 394-2 LEC .

En materia de costas causadas en esta alzada resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 398-2 LEC , conforme al cual en caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

## FALLAMOS

Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña María Jesús Nogueira Fos, en nombre y representación de doña Belen , doña Candida , doña Celsa y doña Debora contra la sentencia de fecha 17 de marzo de 2014 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Vigo , revocamos la misma y al estimar parcialmente la demanda planteada por la Procuradora doña María Jesús Nogueira Fos, en nombre y representación de doña Belen , doña Candida , doña Celsa y doña Debora , declaramos la nulidad de la compra de valores de participaciones preferentes de fecha 18 de febrero de 2005 por un importe nominal de 60.000 euros, condenando a la entidad demandada a estar y pasar por dicha declaración, condenando a la entidad demandada a restituir a la parte actora la cantidad de 60.000 euros, así como los intereses legales oportunos desde la fecha de interposición de la demanda, de la que deberá deducirse el importe ya obtenido en el canje por opción de recuperación de liquidez por venta de acciones al FGD, debiendo la actora devolver a la demandada el importe correspondiente a los intereses percibidos; y sin que proceda hacer especial imposición de las costas causadas en ambas instancias.

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

Procédase a la devolución del depósito constituido para recurrir.

Contra la presente sentencia cabe interponer recurso de casación para el caso de que se acredite interés casacional o, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, en base a lo establecido en el art. 477 LEC , debiendo interponerse dentro de los veinte días siguientes a su notificación en la forma establecida en el art. 479 LEC .