



Roj: **SAP PO 1229/2015 - ECLI:ES:APPO:2015:1229**

Id Cendoj: **36057370062015100289**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vigo**

Sección: **6**

Fecha: **26/06/2015**

Nº de Recurso: **330/2014**

Nº de Resolución: **304/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **EUGENIO FRANCISCO MIGUEZ TABARES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00304/2015

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 0008138

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000330 /2014

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 1 de VIGO

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000489 /2013

Recurrente: NOVACAIXAGALICIA BANCO S.A.

Procurador: GISELA ALVAREZ VAZQUEZ

Abogado: JOSE HERES FERNANDEZ-LADREDA

Recurrido: María Cristina , Jorge

Procurador: MARTA ROBES CABALEIRO, MARTA ROBES CABALEIRO

Abogado: RICARDO M. GOMEZ LOUREDA, RICARDO M. GOMEZ LOUREDA

LA SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SEDE VIGO, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados D. JAIME CARRERA IBARZÁBAL, Presidente; D^a MAGDALENA FERNÁNDEZ SOTO y D. EUGENIO FRANCISCO MÍGUEZ TABARÉS, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

La siguiente

SENTENCIA Nº 304/15

En Vigo a veintiséis 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 0000489 /2013, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 1 de VIGO, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000330 /2014, en los que aparece como parte apelante, NOVACAIXAGALICIA BANCO S.A., representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. GISELA ALVAREZ VAZQUEZ, asistido por el Letrado D. JOSE HERES FERNANDEZ-LADREDA, y como parte



apelada, D^a María Cristina , D. Jorge , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. MARTA ROBES CABALEIRO, asistido por el Letrado D. RICARDO M. GOMEZ LOUREDA, sobre nulidad contractual, siendo el Magistrado/a Ponente - constituido como órgano unipersonal el/la Ilmo./Ilma. D./D^a EUGENIO FRANCISCO MÍGUEZ TABARÉS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1^a Instancia núm. 1 de Vigo, con fecha 31 de enero de 2014, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Estimando íntegramente la demanda promovida por la representación de Jorge y María Cristina contra NCG BANCO S.A., debo declarar y declaro la nulidad de los contratos de suscripción de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas celebrados entre las partes, por valor de 66.600 euros; condenando a la demandada a restituir a la actora la cantidad invertida, más los intereses legales del nominal invertido desde la fecha de cada contratación; debiendo restituir el demandante los títulos y los intereses brutos percibidos por aquellos productos, que ascienden a un total de 9.940,05 euros.

Se hace expresa imposición a la demandada de las costas procesales causadas en ésta instancia."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia, por la representación procesal de NOVACAIXAGALICIA 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 18 de junio de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- En la sentencia de instancia se declaró la nulidad de los contratos de adquisición de obligaciones subordinadas CAIXANOVA celebrados el 22/7/2003, 23/5/2007, 11/2/2008, 28/5/2009, 17/2/2010 y 22/10/2010 por importe total de 42.600 euros, y de los contratos de adquisición de participaciones preferentes CAIXANOVA concertados el 14/3/2005 y 9/9/2008 por importe total de 24.000 euros, con devolución de las respectivas prestaciones, que se concretan para los actores en 66.600 euros y los intereses legales desde la fecha de cada contratación, debiendo los demandantes restituir los títulos y los intereses percibidos por aquellos productos, que ascienden a un total de 9.940,05 euros, y con imposición a la parte demandada de las costas procesales causadas.

La parte demandada impugna dicha resolución invocando los siguientes motivos: 1) caducidad de la acción; 2) infracción de los arts. 1265 y 1266 Cc relativos al vicio del consentimiento por error al no cumplirse los requisitos que exige el mismo, lo que basa en la existencia de error en la valoración de la prueba con infracción del art. 326 LEC ; 3) vulneración del art. 1309 y sig. Cc y la doctrina de los actos propios; y 4) vulneración de los arts. 1307 y 1303 Cc respecto al pago de los intereses de los rendimientos percibidos.

SEGUNDO.- La acción de nulidad se ejercita respecto a los contratos de suscripción de valores concertados el 22/7/2003, 14/3/2005 23/5/2007, 11/2/2008, 9/9/2008, 28/5/2009, 17/2/2010 y 22/10/2010 en el que figuran como contratantes, por una parte, CAIXANOVA y, por otra parte, don Jorge y doña María Cristina .

La parte recurrente reitera la alegación de caducidad de la acción con base en el art. 1301 Cc respecto a los contratos firmados el 22/7/2003, 14/3/2005 23/5/2007, 11/2/2008, 9/9/2008 y 28/5/2009. 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 tal sentido se pronuncia la STS de 11 de junio de 2003 al afirmar que "Dispone el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código . En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que "el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad



del contrato empezará a correr "desde la consumación del contrato". Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar...cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes", criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, "en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó...". Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó".

Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1301 del Código Civil . Entender que la acción solo podría ejercitarse "desde" la consumación del contrato, llevaría a la conclusión jurídicamente ilógica de que hasta ese momento no pudiera ejercitarse por error, dolo o falsedad en la causa, en los contratos de tracto sucesivo, con prestaciones periódicas, durante la vigencia del contrato...".

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.

Es decir, como se afirma en la SAP de Zaragoza sec. 4ª de 13 de febrero de 2015 , el ejercicio de la acción de anulabilidad se puede comenzar durante la vigencia de un contrato en el que se producen prestaciones periódicas, ya que la acción a ejercitar tiene sentido precisamente cuando el resultado económico querido y esperado no se produce, pues es entonces cuando surge la duda sobre el contenido de lo contratado.

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 suscripción de la orden de suscripción de obligaciones subordinadas, 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 alegada.

TERCERO.- La parte recurrente alega infracción de los arts. 1265 y 1266 Cc , lo que constituye la cuestión de fondo del proceso y del recurso interpuesto por la parte demandada, por lo que debemos analizar 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.

No existe duda que los contratos citados constituyen un supuesto de contrato de adhesión por cuanto los clientes no han intervenido en forma alguna en la redacción de dichos documentos, los cuales han sido



elaborados por la entidad de crédito, 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 Jorge y doña María Cristina debieron recibir una información completa y precisa acerca de las características de los productos y los riesgos que asumían. Sin embargo en el presente supuesto no consta que haya sido así, sin que en modo alguno quepa deducir que los demandantes sean inversores con conocimientos profundos de los mercados financieros, ni personas expertas en la materia.

Como documentos nº 13 y 14 de la demanda se aportan los test realizados a don Jorge y a doña María Cristina el 11/2/2008 en relación con los conocimientos y experiencia de inversión financiera y en dichos documentos se marca únicamente el apartado de conocimientos sobre productos de riesgo bajo, que ocasionalmente realizan inversiones de riesgo bajo y nunca de riesgo medio o alto y que su experiencia laboral profesional relacionada con operaciones y productos financieros es baja. Por lo tanto los actores deben ser calificados de clientes minoristas en cuanto a su perfil inversor, pues no consta que hayan efectuado inversiones de otro tipo, ostentando además la condición de **consumidores** y, por tanto, siendo merecedores de la máxima protección.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 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, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que toda operación conlleva" (art. 5.3). Dicho Real Decreto 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, conocida por sus siglas en inglés como MIFID (Markets in Financial Instruments Directive). La citada norma, no aplicable en el presente supuesto en atención a la fecha de la firma de los contratos, procedió a continuar con el desarrollo normativo de protección del cliente.

En el caso de las participaciones preferentes y obligaciones financieras subordinadas la calidad de producto complejo esta? expresamente contemplada en el art. 2.1.h) LMV al que se remite el art. 79.bis.8.a). Igualmente, aunque sin mención directa, así lo considera la Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por la que se modifican las Directivas 2006/48/CE, 2006/49/CE y 2007/64/CE en lo que respecta a los bancos afiliados a un organismo central, a determinados elementos de los fondos propios, a los grandes riesgos, al régimen de supervisión y a la gestión de crisis. En este sentido se han pronunciado, entre otras, la SAP Alicante Secc. 4ª, de 27 de septiembre de 2012; SAP Córdoba Secc. 1ª, de 30 de enero de 2013; SAP Asturias Secc. 5ª, de 15 de marzo de 2013; SAP Pontevedra Secc. 1ª, de 4 de abril de 2013; SAP Barcelona Secc. 17ª, de 30 de enero de 2014; SAP Valladolid Secc. 3ª, de 14 de marzo de 2014; y SAP Madrid Secc. 18ª, de 27 de marzo de 2014.

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 propia parte demandada al alegar el cumplimiento de su deber de información, que entiende cumplido con la aportación de un folleto de a emisión que además no consta que haya sido entregado al actor, 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.

CUARTO.- 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 apreciada en la sentencia de instancia.

Se aporta por la parte demandada un documento denominado "Tríptico-Resumen del Folleto Informativo completo" de la "Emisión de Participaciones Preferentes Serie A", 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". En el tríptico se indica que los valores son perpetuos, es decir, que el emisor no tendrá obligación de reembolsar su principal; sin embargo se establece que, no obstante, transcurridos cinco años desde la fecha del desembolso, el emisor podrá, en cualquier momento, amortizar las participaciones preferentes con autorización previa del Banco de España y de Caixanova. No existe por lo tanto equivalencia de prestaciones entre el emisor y el inversor, pues a aquel se le confiere una facultad de amortización de las participaciones preferentes, una vez transcurrido el plazo de cinco años, si a su interés conviene, no contemplándose análogo derecho para el inversor. Se aporta igualmente por la parte demandada un "Tríptico Informativo Segunda Emisión de Obligaciones Subordinadas Caixanova". Sin embargo debemos precisar en relación con los citados documentos aportados con la contestación a la demanda, que los mismos no figuran suscritos por los demandantes, 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 a los clientes con carácter previo a la firma del contrato para que pudieran examinar la misma. La mera mención genérica contenida en algunos contratos de haber recibido el Tríptico-Resumen del Folleto Informativo completo de la Emisión 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 los firmantes ordenantes de las operaciones de compra de valores hayan 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.

Respecto al vicio del consentimiento por falta de la información suficiente, hay que señalar que en las órdenes de compra de valores no existe indicación alguna de los aspectos relevantes a tener en cuenta por el inversor, y no se reseña, entre otros extremos, que se trata de un producto complejo, que no constituye un depósito bancario y que queda admitida la emisión a cotización en un mercado regulado, por lo que podría ocurrir que el precio de venta fuera menor que el precio que pagó al adquirirlo, es decir, el inversor puede sufrir pérdidas. De hecho en el documento de orden de suscripción compra/venta de activos financieros existen errores notorios como lo expresado en el apartado correspondiente a "definición del perfil del producto", ya que se conceptúan como "conservador" o "riesgo medio", lo que denota que no resulta posible extraer información adecuada sobre conceptos fundamentales del contrato. No se aprecia entonces la vulneración de la valoración de la prueba con base en el art. 326 LEC .

Además existe falta de participación en el capital social por parte de los suscriptores, lo que conlleva que los titulares tanto de participaciones preferentes como de obligaciones subordinadas no tengan derechos políticos. El beneficio que se obtiene por parte del adquirente de los títulos es el interés que ha pagar la entidad si bien suele subordinarse ese interés a la obtención por parte de la emisora de beneficios en su gestión empresarial. Las participaciones preferentes u obligaciones subordinadas se negocian en un mercado secundario organizado y evidentemente con dependencia de la solvencia de la entidad emisora, su liquidez en el mercado podrá ser o no segura. Es un producto financiero de elevado riesgo pues su rendimiento y liquidez dependerá de la marcha de la entidad emisora, es decir, su éxito se liga al de aquélla, sin que la recuperación de capital esté cubierta por el Fondo de Garantía de Depósitos.

Debemos seguidamente analizar las declaraciones testificales prestadas en la vista con el fin de concretar la información que de forma personal se ofrecía a los clientes en el momento de suscribir estos productos. Así el testigo don Alfredo , que fue interventor de la oficina de la Travesía de Vigo nº 71 de Caixanova entre 2003 y 2010, manifestó que los demandantes eran clientes de la oficina de toda la vida y a partir del año 2003 comercializó obligaciones subordinadas y preferentes. Afirmó que para él era un producto que en el año 2003 era seguro, ya que según las comunicaciones remitidas a las oficinas no revestía riesgo, con gran rentabilidad y liquidez, que no planteaba problemas la venta en aquel momento en el mercado secundario en 24 ó 48 horas y en el peor de los casos la entidad las compraría en 15 días por el nominal. Se ofrecía incluso gestionar a los clientes un préstamo de liquidez para obtener el dinero de forma inmediata. Se lo colocaba en obligaciones que eran más seguras que las preferentes y en las primeras no se entregaban trípticos. Afirmo que para los actores era como si estuvieran contratando plazos fijos pero no eran vencimientos año a año y eso fue lo que se les trasladó a la vista de los comunicados recibidos de la entidad. El testigo don Bernardo , que fue director de la oficina desde el año 2003 hasta enero de 2008, declaró que la información que se dio a los clientes es



que se trataba de un producto seguro, rentable, con liquidez y no había motivo para hacer otras advertencias especiales porque el funcionamiento del producto era cosa interna de la entidad; ratificó lo expresado acerca de que no consideraban que se trataba de un producto de alto riesgo, sino que explicaban al cliente que era un producto seguro y que tenía el dinero en la cuenta en un plazo máximo de 15 días; cree además que no entregaban trípticos con resumen de las emisiones.

Por lo tanto, incluso aunque en el contrato se hagan constar advertencias sobre el riesgo que supone su contratación -lo que no acontece en este caso-, sin embargo esas fórmulas suelen venir predispuestas, por lo que se tratan de un simple formulismo si no vienen acompañadas de datos que evidencien que se advierte al cliente de que existe un riesgo serio en la contratación. Para eso se refuerza la obligación de facilitar información con diversas fórmulas legales.

En la STS 20 de enero de 2014 a partir de las anteriores consideraciones relativas al deber de información de la entidad financiera al cliente minorista, se fijó, tras analizar la reiterada doctrina de la 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, que se reitera en la presente sentencia y que puede resumirse en los siguientes puntos:

1. El incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo.
2. 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 .
3. La información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (art. 79 bis 3 LMNV)- 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.
4. 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.
5. 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 cuanto 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".

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, incluso no resultaría válido si se le hubiese entregado esa documentación el mismo día que acudieron a la oficina y firmaron los contratos, 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 concluir declarando que en la fase previa no se le dio al cliente información suficiente sobre los riesgos que asumía y que no era conocedor de este tipo de contratos complejos, 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)".

En el presente supuesto debemos apreciar la existencia de error por parte de don Jorge y doña María Cristina en cuanto a lo que constituye el objeto del contrato, es decir la clase de inversión contratada, ya que los propios empleados de la oficina vendían el producto como seguro, con alta rentabilidad y con liquidez inmediata, por lo que la propia información suministrada por los comercializadores del producto inducía claramente al error del cliente sobre las características del mismo. 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 obedeció a la deficiente e insuficiente información 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.

QUINTO.- El hecho de que hayan transcurrido casi diez años desde la firma del primer contrato y se hayan otorgado otros con posterioridad no implica confirmación tácita del negocio con base en el art. 1309 Cc , ya que 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. El hecho de que se acepten liquidaciones positivas no supone conocimiento de la causa de nulidad, de modo que no operaría dicho precepto. Como se afirma en la ya citada STS Sala 1ª, de 12 de enero de 2015 "La falta de queja sobre la suficiencia de la información es irrelevante desde el momento en que, además de ser anterior al conocimiento de la causa que basaba la petición de anulación, era la empresa de servicios de inversión la que tenía obligación legal de suministrar determinada información al inversor no profesional, de modo que este no tenía por qué saber que la información que se le dio era insuficiente o inadecuada, y de ahí que se haya apreciado la existencia de error". Se añade en dicha resolución que "La renuncia a un derecho, como es el de impugnar el contrato por error vicio en el consentimiento, no puede deducirse de actos que no sean concluyentes, y no lo es la petición de restitución de la cantidad invertida respecto de la renuncia a la acción de anulación del contrato. Menos aún lo es la reintegración parcial de la cantidad invertida, varios meses después de haber interpuesto la demanda de anulación del contrato, sin haber desistido de la demanda ni renunciado a la acción".

Respecto a la alegación de la existencia de actos propios, debemos recordar que, tal y como se señala en la STS de 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.

SEXTO.- La parte demandada alega también a través de su recurso que los demandantes deben devolver los intereses devengados por las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas con los intereses que dichos importes hubiesen generado desde la fecha de sus respectivos devengos. Sin embargo el art. 1303 Cc establece los efectos de la declaración de nulidad al disponer que una vez declarada una obligación 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.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo previsto en los arts. 394-1 y 398-1 LEC cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación se impondrán las costas a la parte apelante, salvo que presentase serias dudas de hecho o de derecho.

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

FALLAMOS

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña Gisela Álvarez Vázquez, en nombre y representación de la entidad "NCG BANCO, S.A.", contra la Sentencia de fecha 31 de enero de 2014 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Vigo , confirmamos la misma, con imposición a la parte apelante de las costas procesales causadas en el recurso.

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

Al haberse desestimado el recurso de apelación interpuesto se declara la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

Contra la presente sentencia cabe interponer recurso de casación para el caso de que se acredite interés casacional o, en su caso, 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 .