



Roj: **SAP OU 537/2015 - ECLI:ES:APOU:2015:537**

Id Cendoj: **32054370012015100270**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **31/07/2015**

Nº de Recurso: **449/2014**

Nº de Resolución: **273/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSEFA OTERO SEIVANE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OURENSE

SENTENCIA: 00273/2015

APELACIÓN CIVIL

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

S E N T E N C I A NÚM. 273

En la ciudad de Ourense a treinta y uno de julio de dos mil quince.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de Juicio Ordinario procedentes del Juzgado de Primera Instancia de Ribadavia, seguidos con el núm. 84/2014, Rollo de Apelación núm. 449/2014, entre partes, como apelante, NCG Banco SA, representado por el procurador D. José Antonio González Neira, bajo la dirección del letrado D. Adrian Dupuy López, y, como apelado, D. Juan María y Dña. Rosa , representado por la procuradora Dña. María José Conde González, bajo la dirección del abogado D. Jesús Garriga Domínguez.

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

I - ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Juzgado de Primera Instancia de Ribadavia, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 14 de julio de 2014 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO:** Que debo estimar y estimo la demanda presentada por la Procuradora María José Conde González en nombre y representación de Juan María y Rosa contra la entidad **NO** VAGALICIA BANCO S.A y declaro la nulidad de los dos contratos de adquisición de participaciones preferentes celebrados las partes el día 28 de octubre de 2010, por valor de cincuenta y ocho mil (58.000 ?) y doce mil (12.000 ?) euros respectivamente debiendo restituirse recíprocamente las prestaciones derivadas de éstos en los términos del fundamento jurídico quinto de esta resolución. Se declara la nulidad del contrató de depósito y administración de valores de 28 de octubre de 2010.Se condena en costas a la parte demandada ".

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

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

II - FUNDAMENTOS DE DERECHO



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

PRIMERO.- La sentencia apelada declara nulos los dos contratos de adquisición de participaciones preferentes a que se contrae la demanda, fechados el 28 de octubre de 2010, con obligación de los contratantes de restituirse recíprocamente las prestaciones derivadas de aquellos en los términos que recoge en su fundamento jurídico quinto. Declara, asimismo, la nulidad del contrato de depósito y administración de valores de 28 de octubre de 2010 suscrito por los litigantes.

Se alza en apelación la demandada interesando la revocación de la sentencia de instancia y dictado de otra por la que se desestime la demanda en su integridad con imposición de costas a la parte actora la cual se opone al recurso interesando su desestimación y condena en costas de la parte contraria.

El recurso se funda en los siguientes motivos: 1) vulneración de los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil. 2) infracción de los artículos 316, 326 y 376 LEC. 3) Vulneración de los artículos 1.309, 1311 y 1313 CC y de la doctrina general de los actos propios. 4) incorrecta declaración de nulidad del contrato de depósito y administración.

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

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

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

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

Al deber de información se refiere la sentencia del Tribunal Supremo 840/2013, del Pleno, de 20 de enero de 2014, relativa a contrato de permuta financiera, también de naturaleza compleja y elevado riesgo. Partiendo de esa complejidad y de la asimetría informativa que suele darse en la contratación por la desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional, la



sentencia destaca la necesidad de proteger al inversor minorista acentuada porque "las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión en contratar un determinado producto". Razona también que el genérico deber de negociar de buena fe, que se contiene en el artículo 7 del código civil y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, "conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar". En referencia al incumplimiento del deber de información destaca que "no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error". Más adelante pone en relación el deber de información con las dos notas exigidas para apreciar el error vicio. En cuanto a la primera dice que "el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero". Y respecto a la excusabilidad: "al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente". Esta doctrina se reitera en las posteriores sentencias del Tribunal Supremo 384/2014 y 385/2014, ambas de 7 de julio, de 8 de julio de 2014 y de 15 de diciembre de 2014.

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

CUARTO.- La sentencia apelada, en una correcta valoración, concluye que la prueba practicada no permite acreditar la información previa al contrato, sencilla, clara y no engañosa exigida en atención al perfil de los demandantes, minoristas, la actora ama de casa, el actor con estudios básicos, emigrante en México donde es dueño de un negocio de hostelería. Ambos carecen de conocimientos financieros, no presumibles en el segundo por su dedicación profesional o su condición de socio en una gasolinera en España, siendo en tal sentido significativo que haya sido calificado como cliente conservador por el empleado de la apelante que depuso como testigo, interviniente en la negociación.

Valora el órgano "a quo" el contenido de las órdenes de adquisición de las participaciones preferentes y la inexistencia de información previa esencial para que los demandantes pudiesen tener pleno conocimiento de lo adquirido. El fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida contiene un completo examen de la prueba existente en relación con los productos litigiosos para concluir su insuficiencia a efectos de estimar cumplido el deber de información. Su exhaustiva, completa y certera exposición no aparece desvirtuada por las consideraciones vertidas en el recurso, basadas en suposiciones sobre el conocimiento por el actor del producto contratado que pretenden deducirse de hechos que no permiten tal inferencia como son la importancia cuantitativa de la inversión efectuada o la dedicación profesional del apelado.

El contrato de depósito y administración, firmado el mismo día que las órdenes de valores, no contiene explicación alguna sobre las preferentes, siendo su propia denominación confusa mediante el empleo del término depósito. Las referencias a las preferentes incluidas en las dos órdenes de suscripción, de contenido idéntico, son a todas luces insuficientes por su carácter estereotipado y técnico, alejado de un lenguaje comprensible para clientes del perfil de los actores, como ya ha tenido oportunidad de declarar la Sala al analizar órdenes análogas lo que hace irrelevante la falta de su lectura por el actor, confiado en la palabra del empleado con el que concertó la operación. Emplean términos técnicos difícilmente comprensibles para quién carece de conocimientos específicos en la materia (carácter perpetuo, derechos políticos, beneficio distribuible...); se remiten a otros textos ("salvo en los supuestos descritos en los folletos de emisión"..."impuestas por la normativa española"..."indicados en el folleto de emisión"); las explicaciones son contradictorias, minimizando riesgos u ocultándolos puesto que, de un lado, condicionan el derecho a percibir remuneración a la existencia de beneficio distribuible y a las limitaciones de la normativa española y, a continuación añaden "cuyo pago está garantizado solidaria e irrevocablemente por Caja de Ahorros de Galicia", induciendo a la creencia de la obtención de beneficios en todo caso cuando ello no se corresponde con el



producto adquirido; omiten riesgos reales en relación a la liquidez y posibilidad de pérdida de la inversión al indicar que "si el inversor quisiera vender sus participaciones preferentes podría ocurrir que el precio de venta fuera menor que el precio que pagó al adquirirlas, es decir, el inversor puede sufrir pérdidas".

Las cláusulas impresas al dorso de las dos órdenes conforme a las que los clientes reconocen haber obtenido información y asumir los riesgos son inoperantes. La STS de 15 de marzo de 2013 razona que la inclusión en el contrato de una declaración de ciencia que suele constar en los contratos que suscriben los **consumidores**, clientes bancarios o inversores minoristas, en el sentido de haber sido debidamente informados "no significa que se haya prestado al **consumidor**, cliente o inversor minorista la preceptiva información ni "constituye una presunción "uris et de iure" de haberse cumplido dicha obligación, ni de que el inversor, efectivamente, conozca los riesgos, último designio de toda la legislación sobre transparencia e información". En el mismo sentido la STS del pleno de 12 de enero de 2015 a cuyo tenor "la normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quién está obligado a dar información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente".

El folleto informativo es igualmente incomprensible para personas sin conocimientos en la materia, como cuida de señalar el juzgador de la instancia cuyo completo examen sobre el particular exime de mayores razonamientos.

El testimonio del empleado de la demandada, por su ambigüedad e imprecisión, no permite otra conclusión que la acogida en la sentencia apelada. Dio a entender que el nivel de información era de menor entidad al tratarse de adquisición en mercado secundario, no precisó los términos y alcance de la proporcionada y llegó a admitir que no recordaba si existió previa información lo cual lleva al razonamiento contenido en la STS de 12 de enero de 2015 a cuyo tenor "la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente".

En definitiva, no cabe sino compartir el criterio del órgano de instancia en orden a una inadecuada e insuficiente información determinante, en adecuada relación causal, del error vicio de consentimiento apreciado. Existe una presunción de error derivada del incumplimiento de la obligación de información que es una obligación activa, no de mera disponibilidad (STS del Pleno de 18 de abril de 2013 , citada en la STS de 26 de febrero de 2015).

Siguiendo la doctrina sentada en las sentencias del pleno del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 y 12 de enero de 2015 el error es esencial porque recae sobre las cualidades sustanciales del producto y es excusable porque la entidad bancaria no proporcionó de forma comprensible y adecuada la información de que estaba necesitado el cliente. La nota de excusabilidad guarda íntima relación con la confianza depositada en la entidad demandada por los actores y con la diligencia exigible a cada contratante, como ya se dijo en aquellos la de un buen padre de familia (1104 CC), en la entidad apelante la de un ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes. Desde esta perspectiva, no cabe exigir a la parte apelada mayor diligencia que contratar con quién tiene conocimientos específicos en la materia, amparándose en la confianza que le merecía la entidad bancaria en razón a ese conocimiento y a su condición de cliente.

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

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

Por su parte, la STS de 6 de febrero de 2015 , con cita de otras muchas, recuerda que la aplicación de la doctrina de los actos propios exige la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con plena conciencia de



crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, siendo insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca.

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

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

SEXTO. - La misma suerte merece el motivo cuarto mediante el que se pretende dejar sin efecto la declaración de nulidad del contrato de depósito y administración objeto de litis. Fue concertado con la exclusiva finalidad de servir de soporte a las órdenes de valores concertadas el mismo día, como marco sustentador de éstas, no existiendo otras operaciones titularidad de los actores que pudieran justificar su permanencia, como ocurría en otros supuestos analizados por la Sala en los que existe una clara independencia entre el contrato de depósito y administración y los de suscripción de valores. Es por ello que en este caso procede mantener la nulidad declarada en la sentencia apelada la cual, frente a la falta de motivación que se le imputa en el recurso sobre este extremo, expresamente razona que "la estimación de la acción principal de nulidad de los contratos de suscripción de participaciones preferentes comporta automáticamente la del contrato vinculado a éstas de depósito o administración de valores que es de la misma fecha y en todo vinculado y dependiente de los otros, con los que guarda una unidad funcional".

SEPTIMO.- El rechazo del recurso determina la imposición de costas de la alzada a la parte apelante (artículo 398 LEC), así como la pérdida del depósito constituido para apelar (disposición adicional 15ª LOPJ).

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

FALLO:

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad NCG Banco, S.A., el procurador de los tribunales D. José Antonio González Neira, contra la sentencia, de fecha 14 de julio de 2014, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Ribadavia , en autos de Juicio Ordinario 84/2014 - Rollo de apelación nº 449/2014-, resolución que se mantiene en sus propios términos, con imposición a la parte apelante de las costas de la alzada.

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

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas optar, **en su caso**, por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal y casación por interés casacional, dentro de los veinte días siguientes al de su notificación ante esta Audiencia Provincial.

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.