

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1  
OURENSE**

SENTENCIA: 00471/2014

**APELACIÓN CIVIL**

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por las Ilmas. Sras. Magistradas D<sup>a</sup> Ángela Domínguez-Viguera Fernández, Presidente, D<sup>a</sup> Josefa Otero Seivane y D<sup>a</sup> 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. 471/2014**

En la ciudad de Ourense a veintiuno de noviembre de dos mil catorce.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de juicio ordinario 139/13 procedentes del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ribadavia, Rollo de Apelación núm. 43/14, entre partes, como apelante, SA, representado por el procurador D. \_\_\_\_\_, bajo la dirección del letrado D. \_\_\_\_\_, como apelado, D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_ del \_\_\_\_\_, representada por el procurador D. \_\_\_\_\_, bajo la dirección del abogado \_\_\_\_\_

Es ponente la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> María José González Movilla.



## I - ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ribadavia, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 28 de octubre de 2013, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO:** Que debo estimar y estimo la demanda presentada por el procurador

en nombre y representación de Pérez contra la entidad SA y declaro la nulidad de la operación de adquisición de participaciones preferentes por importe de ciento cincuenta mil euros (150.000 €) celebrada entre las partes, debiendo éstas restituirse recíprocamente las prestaciones derivadas de ella.- En cuanto a los intereses y costas debe de estarse a lo previsto en los fundamentos jurídicos quinto y sexto de esta resolución".

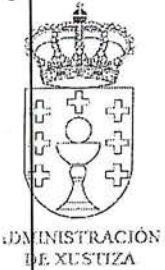
**Segundo.-** Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación de NCG Banco SA recurso de apelación en ambos efectos, y seguido por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial.

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

## II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** La demandante solicita en el presente procedimiento que se declare la nulidad o, subsidiariamente, la rescisión de las operaciones en virtud de las que adquirió la titularidad de 150 títulos de participaciones preferentes de la entidad absorbida por por un valor nominal de 150.000 euros. Se indica en la demanda que la actora es cliente de la entidad demandada, concretamente de la sucursal sita en desde hace muchos años, y que tras casarse





con Don [redacted] fijó su residencia en Suiza, autorizando, en sus cuentas bancarias, a su padre Don [redacted], para gestionarlas. Al vencimiento de su depósito a plazo fijo, en el año 2009, el director de la sucursal llamó a su padre recomendándole que, en vez de renovar el depósito vencido, contratase otro de una duración de cinco años, diciéndole que se trataba de un nuevo depósito sin riesgo alguno y con plena disponibilidad en el momento que lo necesitase, accediendo a ello [redacted] y firmando toda la documentación que consideró que era la precisa a tal fin. En el momento de vencimiento de ese depósito, la actora acudió a la sucursal con el fin de cancelarlo y retirar parte de sus ingresos, siendo entonces informada de que ello no era posible pues se había invertido en participaciones preferentes. Aparece ahora una orden de valores de fecha 16 de septiembre de 2009 en virtud de la que la demandante adquirió 150 títulos del valor denominado PAR PREFERENTES [redacted], por un valor nominal de 150.000 euros, firmada por su padre y un contrato de depósito y adquisición de valores que es de fecha posterior, 17 de septiembre de 2009. Pues bien, manteniendo la actora desconocer el alcance de esa operación considerándose únicamente titular de un depósito tradicional, solicita la nulidad de la misma basando su demanda en la existencia de un error como vicio del consentimiento al no haber sido nunca informada, ni ella ni su padre, de las características y los riesgos del producto suscrito. La entidad bancaria se opuso a la demanda alegando que el error invalidante del consentimiento aducido por la actora carecía de base alguna, pues, tenía conocimiento suficiente de lo que suscribía, y con la intención de buscar mayor rentabilidad a sus ingresos, decidió invertir en participaciones preferentes, producto bancario del que se ofreció a su padre toda la información previa necesaria accesible a todos los demandantes de estos productos descrita en el tríptico resumen del folleto informativo de la emisión, que además le fue comunicada

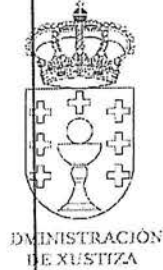


verbalmente por los empleados de la sucursal. Por otro lado, desde que se habían contratado los productos, hasta el momento de la presentación de la demanda, la actora recibió los intereses correspondientes sin manifestar protesta, reclamación o reparo, pretendiendo dejar sin efecto el contrato desde el momento en que dejó de percibir intereses o el valor de los mismos decayó. Por todo ello, la demandada solicitó la desestimación de la demanda y, subsidiariamente, en caso de estimación de la misma, que devuelto el capital invertido, la actora reintegrase a la entidad los rendimientos brutos obtenidos como consecuencia de los valores, los títulos valores objeto del procedimiento o aquéllos por los que hubieran sido sustituidos o, en su caso, el precio obtenido por su venta.

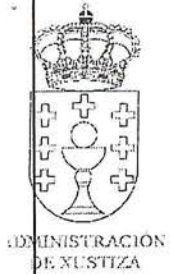
En la sentencia dictada en primera instancia se estimó la acción de nulidad deducida y, declarando nulos los contratos litigiosos, se condenó a la demandada a devolver a la actora la suma invertida más los intereses devengados desde la fecha de la suscripción, debiendo la demandante restituir a la entidad los intereses percibidos como rendimiento de los productos y, disconforme la demandada con dicha resolución interpuso el presente recurso de apelación alegando vulneración de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil al apreciar error vicio de consentimiento; infracción de los artículos 316, 326 y 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la valoración de la prueba; y vulneración de los artículos 1309, 1311 y 1313 del Código Civil y de la doctrina general sobre los actos propios al no apreciar confirmación tácita del contrato en la actuación de la demandante, además de la no restitución íntegra de las prestaciones.

**Segundo.-** Pretendiéndose en la demanda iniciadora de este procedimiento que se declare la nulidad de los contratos u operaciones de suscripción de participaciones preferentes, para determinar si en su celebración han concurrido todos los requisitos esenciales de validez de los contratos es preciso



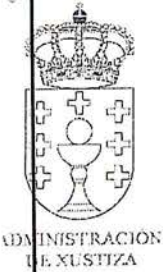


examinar la naturaleza y el carácter de tales operaciones. Las participaciones preferentes son valores emitidos por una entidad para obtener financiación empresarial a largo plazo que constituyen lo que se conoce como "híbrido empresarial", a mitad de camino entre las acciones y las obligaciones o bonos. No otorgan a sus tenedores una verdadera participación en la entidad, aunque, desde el punto de vista contable, se asemejan a las acciones, pues ambas son recursos propios de la entidad que las emite, pero se diferencian de éstas en elementos tales como que no conceden derechos políticos a su titular, lo que supone que al no otorgar derecho a participar en los órganos sociales de la entidad emisora de las participaciones, no se permite a su titular participar en el control del riesgo asumido, ni tampoco otorgan un derecho de suscripción preferente respecto de futuras emisiones. Se trata generalmente de valores de carácter perpetuo, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del Banco de España. Tienen una remuneración generalmente fija en un primer período para hacer la emisión atractiva a los mercados, y variable durante el resto de la vida del producto, condicionándose la remuneración a la obtención de beneficios distribuibles por parte del emisor o de su grupo, y no es acumulable, es decir, si no se percibe en un período, el inversor pierde el derecho a recibirla. En cualquier caso, esa rentabilidad, de la misma forma que el capital invertido, no están garantizados; ni el Fondo de Garantía de Depósitos ni ninguna otra entidad garantizan la inversión y su rentabilidad está vinculada a los resultados de la entidad. Las participaciones preferentes no cotizan en Bolsa, sino que se negocian en un mercado secundario organizado, incluso pueden contar con un contrato de liquidez, pero ésta es limitada, y no siempre es fácil deshacer la inversión, dependiendo de las fluctuaciones del mercado y de la propia situación económica de la entidad emisora. Si ésta no obtiene beneficios y deja de abonar intereses a los titulares de las participaciones preferentes,



no existirá mucha demanda al menos por su valor nominal; como tampoco habrá compradores y será más difícil venderlas si se produce un alza de los tipos de interés o los rendimientos ofrecidos por otras entidades financieras o entes públicos por otros productos. Se trata, por tanto, de un instrumento de riesgo elevado que puede generar rentabilidad pero también pérdidas en el capital invertido, dependiendo de la situación del mercado, del emisor y de las condiciones financieras del producto. A pesar de que se denominan preferentes, en orden a la recuperación de los créditos en caso de insolvencia de la entidad, se sitúan por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados y por delante de las acciones ordinarias, hallándose al mismo nivel que el resto de las participaciones preferentes emitidas o que pudiera emitir en el futuro la entidad. Estos valores constituyen instrumentos de inversión complejos y de elevado riesgo. De esa complejidad advierte ya la Disposición adicional segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros (en la redacción dada por la Ley 6/2011, de 11 de abril) al establecer las condiciones exigidas a las entidades de crédito para que puedan computar participaciones preferentes como recursos propios, y por ese mismo carácter, recientemente, el Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, en su Exposición de Motivos, concretamente en su apartado IV, especifica que deben adoptarse medidas de protección del inversor de manera que el Real Decreto-ley dé respuestas decididas en relación a la comercialización de instrumentos híbridos y otros productos complejos para el cliente minorista, entre los que se incluyen las participaciones preferentes, con el fin de evitar que se reproduzcan prácticas irregulares ocurridas durante los últimos años, en los que, como se señala en el Estudio sobre Participaciones Preferentes del Defensor del Pueblo de marzo de 2013, la innovación de los productos financieros, la asimetría informativa y de conocimiento del mercado, junto a





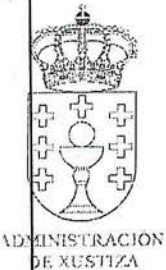
la preocupación de los poderes públicos de procurar mecanismos de capitalización a las entidades con el fin de garantizar solvencia y estabilidad a los mercados, han propiciado el ambiente idóneo para la distribución entre ahorradores de instrumentos inadecuados a sus necesidades, a su perfil como inversor y, en muchas ocasiones, a sus deseos, comercializándose como una alternativa a los depósitos a plazo, sin informar debidamente de las características del producto, todo lo que ha generado una situación en el mercado de desconfianza sobre la actividad de las entidades y la proliferación de reclamaciones judiciales como la litigiosa.

El riesgo y la complejidad de estos productos ha determinado que la que la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en su Guía para la verificación de operaciones de renta fija, haya recomendado que cuando se dirijan al público en general, se entregue al inversor, para garantizar la información, un resumen de las características en formato tríptico que el inversor debe devolver firmado. De todo lo expuesto ha de destacarse finalmente, como conclusión, que tanto las participaciones preferentes como las obligaciones subordinadas, por su naturaleza, sus características, su liquidez y el riesgo que conllevan, no constituyen un instrumento típico de ahorro, sino un producto de inversión. Los ahorradores colocan su dinero en bienes o productos que ofrecen total o casi total garantía de restitución del capital en un breve plazo de tiempo (imposiciones a plazo, fondos garantizados y deuda pública), y los inversores buscan elevados rendimientos arriesgándose a perder parte o incluso la totalidad del capital invertido (acciones cotizadas, fondos no garantizados, participaciones preferentes y obligaciones subordinadas). Lo que ha ocurrido en los últimos años con estos dos últimos tipos de instrumentos es que se distribuyeron por las entidades financieras a ahorradores que pensaban que tenían invertido su dinero en un depósito tradicional, sin ningún tipo de riesgo, y se vieron

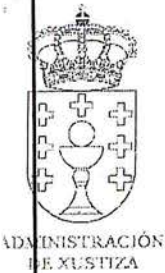
sorprendidos al descubrir que lo que tenían eran instrumentos de inversión con un elevado riesgo.

**Tercero.-** En cuanto al régimen jurídico aplicable a contratos como los aquí discutidos resultan de aplicación, en primer término, las normas del Código Civil referidas a los contratos, fundamentalmente a sus elementos esenciales y a las consecuencias de su ausencia (artículos 1.258 y 1.261 y siguientes), las disposiciones de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, ya que en el ámbito financiero el contenido de los contratos se encuentra predeterminado por el emisor e incluido en condiciones generales, y además, en tanto el inversor suele ser una persona física o jurídica que no actúa en el ámbito de una actividad profesional o empresarial, también será de aplicación el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, la cual establece en su artículo 60. 1 que antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo. Pero la protección minorista no termina en esta fase precontractual con el deber de una adecuada información al potencial cliente con carácter previo a la firma, sino que se completa con la protección que dispensa la ley al consumidor de un contrato de adhesión. Por ello, utilizándose de forma generalizada en el sector bancario esta clase de contratos, con condiciones generales que ha de aceptar el cliente si quiere obtener el servicio ofertado, la misma ley impone una serie de requisitos exigibles a las cláusulas no negociadas individualmente: a) concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o



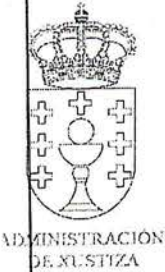


documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual; b) accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido; y c) buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas. La complejidad de estos productos y su riesgo conllevan la necesidad de que las entidades que los ofertan sean especialmente diligentes al informar a los consumidores sobre sus características, haciéndolo de forma clara y precisa para que puedan prestar su consentimiento sin posibilidad de error alguno. El cumplimiento de esta obligación, que aparece en diversas disposiciones normativas según seguidamente se verá, ha de ser acreditado por la propia entidad bancaria, que dispone de los medios apropiados para ello, siendo inexigible al cliente probar un hecho negativo como sería la ausencia de información veraz y suficiente, en aplicación de los principios de facilidad y disponibilidad probatoria del artículo 217. 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el ámbito concreto de los servicios financieros, la actividad de las entidades comercializadoras de estos productos está sujeta a la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, cuyo artículo 1 define su objeto como la regulación de los sistemas españoles de negociación de instrumentos financieros, estableciendo a tal fin los principios de su organización y funcionamiento y las normas relativas a los instrumentos financieros objeto de su negociación y a los emisores de esos instrumentos. La finalidad de la Ley comprende también la conducta de los que operan en el mercado prestando servicios de inversión y velar por su transparencia, mediante la imposición de obligaciones, conteniendo también normas disciplinarias. La Ley del Mercado de Valores, de 28 de julio de 1988, en su artículo 78 bis, obliga a las empresas de servicios de inversión a clasificar a

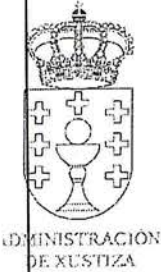


sus clientes en profesionales y minoristas, definiéndose estos últimos por defecto o exclusión: se considerarán clientes minoristas todos aquellos que no sean profesionales, imponiendo a las entidades obligaciones diferentes en función de dicha clasificación. Asimismo, el Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, que desarrolla parcialmente la citada Ley en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos, realiza una clasificación aún más detallada en sus artículos 38 y 39, al distinguir entre tres clases de inversores en valores negociables: el inversor o cliente minorista, el inversor iniciado o experto y el inversor cualificado. La Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, transpuso al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, MIFID, Markets in Financial Instruments Directive, que ha sido desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero. Con la nueva regulación se profundizó en la protección a la clientela a través del incremento y la precisión de las obligaciones de las entidades financieras. El artículo 79, párrafo primero, señala que las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en la Ley y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo. Las obligaciones de información se desarrollan detalladamente en el artículo 79 bis, que establece: Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada





sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias. En el caso de valores distintos de acciones emitidos por una entidad de crédito, la información que se entregue a los inversores deberá incluir información adicional para destacar al inversor las diferencias de estos productos y los depósitos bancarios ordinarios en términos de rentabilidad, riesgo y liquidez. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Ahondando más en las obligaciones concretas de información, el citado artículo, en sus apartados 6 y 7, expresa que la empresa de servicios de inversión que asesore, coloque, comercialice o preste cualquier clase de servicio de inversión sobre tales valores complejos debe cumplir las siguientes obligaciones: a) Obligación de obtener la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate, y sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquél, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan; b) Deber de abstenerse de recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente minorista cuando la entidad no obtenga la referida información; c) Deber de solicitar al cliente minorista información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es



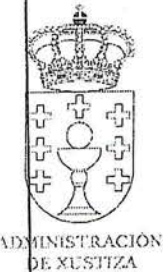
adecuado para el cliente; d) Obligación de advertir al cliente que el instrumento financiero no es adecuado para él si, sobre la base de esa información, la entidad así lo considera; e) En caso de que el cliente no proporcione la información requerida o ésta sea insuficiente, la entidad tiene el deber de advertirle de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él. Esta obligación de información es también ampliamente detallada en los artículos 60 y 64 del Real Decreto 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, que desarrolla la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, que transpuso a nuestro ordenamiento jurídico las previsiones de la Directiva 2004/39/CE, conocida como Directiva MIFID. Mediante esta regulación se introdujeron reglas detalladas para la calificación y clasificación de productos por su comercialización, obligándose a las entidades a realizar un test sobre conocimientos financieros y experiencia del inversor. Con el test de idoneidad se pretende que la entidad cuente con información suficiente sobre el cliente para que le sirva de base para asegurarse de que la recomendación que realiza es la adecuada, tanto para alcanzar los pretendidos objetivos de inversión del cliente como para delimitar el riesgo que es capaz de asumir. En caso de resultar que el instrumento financiero no es idóneo, la entidad debe abstenerse de recomendarlo. El test de conveniencia busca que la entidad se cerciore de que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos suficientes en relación a un determinado tipo de producto, de forma que comprenda los riesgos; pero si el test es negativo, la norma sólo impone a la entidad la obligación de advertirlo, pudiendo comercializarse el producto si el cliente lo solicita, previa constancia de las advertencias oportunas al mismo. Además, la entidad debe poner a disposición del inversor un tríptico resumen del folleto de la emisión con el





fin de informarle sobre los riesgos del producto que va a adquirir, en el que figurarán sus características. En suma, se imponen de forma clara estrictas obligaciones a las entidades comercializadoras en orden a suministrar a sus clientes, de manera conveniente, información de la naturaleza, riesgos, condiciones económicas y demás características de los instrumentos que les ofrecen, exigencia lógica derivada de la innovación de los productos financieros, la asimetría informativa y de conocimiento del mercado entre entidades y clientes, y la aparición de productos complejos propiciada por las exigencias de capitalización de los organismos públicos a las entidades con el fin de garantizar la solvencia y la estabilidad de los mercados.

**Cuarto.-** La nulidad que se solicita por el demandante se basa en un error contractual que se habría producido al haber suscrito participaciones preferentes, cuando lo que creía haber contratado era un depósito tradicional. Según el artículo 1261 del Código Civil no hay contrato sino cuando concurren tres elementos: consentimiento, objeto y causa. Respecto del consentimiento, el artículo 1.265 lo declara nulo cuando, entre otras causas, ha sido prestado por error; pero no todo error determina la nulidad de un contrato, pues para que invalide el consentimiento y dé lugar a la nulidad, el artículo 1.266 exige que 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. El error constituye un falso conocimiento de la realidad, y para que pueda provocar la nulidad del contrato debe reunir los requisitos siguientes: que sea sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga y se refiera a las cualidades esenciales de la cosa, no pudiendo constituir este vicio el mero error de cálculo o de las previsiones negociales; que no sea imputable al que lo padece, ni haberse podido evitar mediante el empleo de una diligencia media o regular, teniendo en cuenta la condición de



las personas; y que quede suficientemente acreditado en las actuaciones como cuestión de hecho. Respecto de la exigencia de diligencia, desde hace años ya existe jurisprudencia asentada que especifica que, en términos generales, se utiliza el criterio de imputabilidad del error a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y que la diligencia se aprecia, además, teniendo en cuenta las condiciones de las personas, debiendo exigirse mayor diligencia a un profesional o a un experto que a una persona inexperta en negociaciones con un experto. A la vista de lo expuesto es preciso analizar seguidamente si los actores prestaron verdadero consentimiento a la suscripción de participaciones preferentes, o si realmente, como mantienen, en ningún momento fueron informados de esos productos, creyendo, erróneamente, que contrataban meros depósitos tradicionales.

Pues bien, \_\_\_\_\_ adquirió 150 títulos de participaciones preferentes de la emisión de 2009 interviniendo en la operación su padre Don Manuel Vázquez Pérez, siendo preciso examinar si actuó suficientemente informado y prestó su consentimiento sabiendo con exactitud qué era lo que contrataba, partiendo de que para ello era preciso que la entidad le suministrase información clara y comprensible sobre las características del producto y del riesgo que asumía en la operación correspondiendo a la misma la prueba de tal extremo. Al efecto, al análisis de la prueba obrante en autos, constituida por los documentos aportados por la parte y la prueba testifical practicada, conduce a ratificar las conclusiones contenidas en la sentencia recurrida.

La actora mantiene que siempre tuvo depositados sus ahorros en productos seguros, depósitos garantizados y que fue el director de la sucursal, en quien confiaba plenamente, el que aconsejó a su padre que gestionaba como autorizado sus

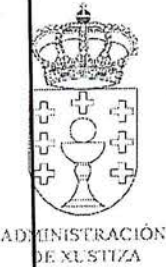




cuentas bancarias, la contratación de lo que le dijo que era como un depósito a un plazo de cinco años con plenas garantías, total liquidez y mayor rentabilidad.

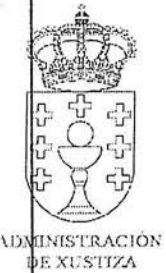
Mantiene la entidad que la actora y su padre pudieron conocer la naturaleza del producto y el riesgo asumido a través de la documentación contractual suscrita y que le fue entregada. Pues bien, los únicos documentos contractuales son un contrato de depósito y administración de valores, y una orden de suscripción de valores. Mantiene la actora que creyó que lo que contrataba era un depósito tradicional y ese error es perfectamente comprensible si atendemos al hecho de que el contrato que firmó con fecha 17 de septiembre de 2009 y que consta en autos, se encabeza con el siguiente enunciado: CONTRATO DE DEPÓSITO Y ADMINISTRACIÓN DE VALORES. Salvo que se tuvieran conocimientos en la materia, de lo que no hay constancia, en principio cualquier persona inexperta podría entender que los documentos que firmaba eran contratos de depósitos tal y como le habían informado, pues el propio término "depósito" se recogía como enunciado. Es más el posible error se aprecia con mayor claridad al observar que en la orden de valores, firmada además con anterioridad al anterior contrato, tampoco se hace referencia a la suscripción de participaciones preferentes, discutiéndose en ella el valor suscrito con la expresión

PREFERENTES SA. EM.10-2009, expresión que para una persona ajena al mercado financiero carece de significado alguno, por lo que no se puede aceptar la teoría defendida por la demandada respecto a que a través de esa documentación podría conocer la naturaleza del producto. Se hace en la orden de valores una mínima referencia al producto en el anverso, al fondo, en términos muy técnicos que exigirían una explicación por parte de los empleados, siendo posible que por la propia disposición de esas menciones en letra pequeña, en la hoja primera que no aparece firmada, plasmándose la firma del padre de la actora en la segunda, ni tan siquiera fuera leída. En relación al folleto informativo de la emisión que dice haber




entregado al padre de la actora y aparece firmado en autos, la información que en el mismo se contiene no cumple los requisitos exigidos en la normativa mencionada, teniéndose en cuenta que se trata de un cliente minorista sin conocimientos financieros. No se destaca que se trata de un producto no cubierto por el Fondo de Garantía de Depósito, aunque se indique que no se trata de un depósito bancario; no se aclara que aunque se hable de participaciones preferentes, no otorgan ningún privilegio al cliente, son acreedores que se sitúan por detrás de los acreedores comunes y subordinados de la entidad; la terminología que emplea es muy técnica, inadecuada para un cliente minorista y no permite conocer las condiciones en que el mismo puede obtener beneficios que se condicionan a su propia existencia y a la normativa bancaria sobre recursos propios, al no explicar qué se entiende por beneficio distribuible; no habiéndose informado de forma clara del nivel de solvencia de la entidad y de la posibilidad, en los años siguientes a la contratación de obtener beneficios, para según ello poder decidir de forma informada sobre la conveniencia del producto; no se explica, ni de una forma somera, el funcionamiento del mercado de la A.I.A.F., al que se alude para referirse al riesgo de liquidez y cotización, ocultando que la forma habitual de venta del producto era un mercado interno entre los propios clientes de la entidad, de forma que cuando un cliente trataba de vender sus participaciones preferentes se ofrecían a otro que intentaba comprar, lo que da lugar a un altísimo riesgo de iliquidez, lo que unido a su carácter perpetuo, puede producir que el cliente no tenga oportunidad de recuperar lo invertido. Por tanto, la parcial información contenida en el folleto tampoco podía clarificar al demandante la naturaleza del producto y aunque, el empleado de la sucursal manifestó haber proporcionado toda la información necesaria para comprender el producto, los testigos que depusieron en juicio manifestaron lo contrario, manteniendo que lo único que comunicaron al actor era que se trataba de un depósito a cinco años, con





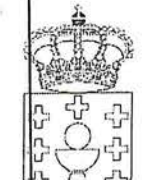
total liquidez. La entidad que, además tenía la obligación de realizar al cliente los test de conveniencia para garantizar que dispone de los conocimientos y la experiencia necesaria en el ámbito financiero para comprender el tipo de producto ofrecido; y de idoneidad que trata de definir el perfil de riesgo que está dispuesto a asumir en relación a su experiencia, conocimientos y situación financiera, no realizó ninguno de los exámenes al padre de la actora tratando de eximirse de su obligación y responsabilidad haciendo constar en la orden de valores que "Debido a la falta de información suministrada para la evaluación de la conveniencia, reconoció y aceptó la imposibilidad de que [redacted] pueda determinar si el servicio, operación o producto de inversión es adecuado para mí, según mis conocimientos y experiencia". Realmente se desconoce el motivo por el que esa información no pudo obtenerse y, en cualquier caso, de no poder asegurarse la entidad de que el cliente conocía los términos de la inversión, debía haberse abstenido de su comercialización, no escudarse en una cláusula que posiblemente el actor no supo ni que la firmaba.

Alega también la entidad para justificar que el demandante tenía conocimiento del riesgo de la operación que los extractos periódicamente recibidos relativos a los productos, sin ninguna protesta, reclamación o reparo por su parte, demostrarían claramente la aceptación y el consentimiento prestado de manera válida y que desde el momento de las suscripciones hasta la fecha de presentación de la demanda vino cobrando los correspondientes intereses sin objeción alguna, pretendiendo anular los contratos sólo cuando los productos dejaron de ser interesantes a efectos de rentabilidad. Dicho argumento, sin embargo, no invalida la teoría del error en el consentimiento que alega el acto pues el hecho de que no hubiera formulado protesta mientras recibía rendimientos de los productos no impide considerar que existía la creencia de que dicha rentabilidad derivaba del contrato de depósito que consideraba hacer suscrito, dado que todo



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

contrato por el que se deposita una cantidad en una entidad financiera tiene su causa en la obtención, por parte del depositante, de un beneficio, mayor o menor, pero beneficio al fin.

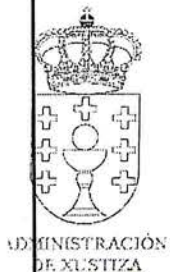


ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

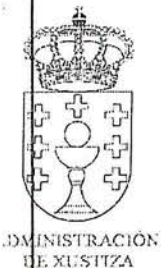
De todo lo expuesto ha de concluirse que el actor prestó su consentimiento a la suscripción de las participaciones preferentes sin tener un pleno y cabal conocimiento de las características y los riesgos del producto que contrataba, toda vez que la entidad demandada incumpliendo las obligaciones normativas impuestas en este tipo de operaciones, no le proporcionó una información clara, comprensiva y completa sobre su naturaleza y características, y ese error, inducido por la propia demandada, cuyo personal le ofreció y comercializó un producto complejo, de liquidez incierta y gran riesgo, sin informarle de la verdadera naturaleza del producto, ha de considerarse esencial en los términos del artículo 1266 del Código Civil, y determina la nulidad absoluta del consentimiento prestado. Conforme al artículo 1265 del propio texto legal. Y esa falta absoluta de consentimiento, al ser ésta requisito esencial del contrato según el artículo 1261.1º del CC conlleva la inexistencia o nulidad absoluta de los contratos aquí discutidos.

Por tanto, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil, declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia de contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes. Esto supone que la entidad demandada debe restituir a [redacted] la cantidad de 150.000,00 euros, más los intereses que produjeron dichas cantidades, a lo que se refiere el citado precepto al hablar de los frutos y el precio con los intereses. Y es que resulta necesario diferenciar los intereses contemplados en el artículo 1.303 del Código Civil, establecidos como consecuencia directa e inmediata de la retroactividad contemplada en el artículo citado, de los intereses del





artículo 1.108 del texto sustantivo. Así lo manifestó el Tribunal Supremo en la Sentencia de 23 de noviembre de 2011, donde reconoce que los intereses del artículo 1.303 no requieren petición expresa del acreedor por ser consecuencia necesaria de la declaración de nulidad, declarando que los intereses moratorios han de ser solicitados por las partes, de modo que no pueden los tribunales condenar a su pago de oficio sin incurrir en incongruencia. Por el contrario, para hacer efectivas las consecuencias restitutorias de la declaración de ineficacia de un contrato ejecutado íntegramente o en parte, y para impedir, en todo caso, que queden a beneficio de uno de los contratantes las prestaciones que del otro hubiera recibido, con un evidente enriquecimiento sin causa, la jurisprudencia (Sentencias 105/1990, de 24 de febrero; 120/1992, de 11 de febrero; 81/2003, de 11 de febrero; 812/2005, de 27 de octubre; 934/2005, de 22 de noviembre; 473/2006, de 22 de mayo; entre otras) considera innecesaria la petición expresa del acreedor para imponer la restitución de las prestaciones realizadas, con inclusión de sus rendimientos, en cumplimiento del principio "iura novit curia" y sin incurrir en incongruencia, al considerar que se trata de una consecuencia directa e inmediata de la norma que atribuye retroactividad al efecto liberatorio derivado de la declaración de ineficacia. Añade esta Sentencia que no siempre los intereses constituyen el objeto de una prestación indemnizatoria; antes bien, en ocasiones se consideran frutos o rendimientos de un capital a los que, por virtud de la presunción de productividad de éste, tiene derecho el acreedor, en aplicación de las reglas sobre la restitución integral de las prestaciones realizadas en cumplimiento de los contratos declarados ineficaces y, al fin, sobre la interdicción del enriquecimiento sin causa. Por esta razón son los intereses contemplados en el artículo 1.303 los concedidos a la parte actora, computándose desde las fechas de celebración de los contratos, tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2012: los efectos de

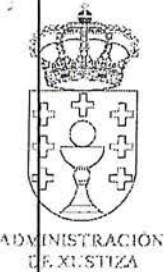


la resolución del contrato se producen desde el momento en que se celebró, por tanto, con efectos retroactivos. La Sentencia del Tribunal Supremo 315/2011, de 4 de julio, aplica la doctrina del efecto retroactivo de la resolución contractual, lo que supone que ésta tiene lugar no desde el momento de la extinción de la relación, sino desde la celebración del contrato, lo que implica volver al estado jurídico preexistente al mismo, con obligación de cada parte de restituir las cosas o prestaciones que hubiera recibido. Esto es así porque la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos producidos, como se halla establecido en el artículo 1.295 del Código Civil para el caso de rescisión, precepto al que expresamente se remite el artículo 1.124 del texto sustantivo, que, como se ha dicho, ha de entenderse aplicable a la resolución del contrato de compraventa de inmuebles, y también en los artículos 1.123 y 1.303 para el caso de nulidad. Igual que ocurre con la entidad demandada, la demandante también debe restituir las cosas que hubiesen sido materia del contrato, lo que se traduce en la obligación de [redacted] de devolver lo que hubiera recibido en concepto de intereses obtenidos por los productos financieros cuya contratación ahora se declara nula, más los intereses devengados por los rendimientos obtenidos desde la fecha de su devengo, debiendo únicamente en tal sentido estimarse el recurso de apelación interpuesto, confirmándose la resolución recurrida en todo lo demás.

**Quinto.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 en relación con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento civil, no se hace expreso pronunciamiento en costas.

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





**FALLO:** Se estima la petición subsidiaria contenida en el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de ..... contra la sentencia dictada el 28 de octubre de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ribadavia en autos de juicio ordinario 139/13-rollo de Sala 43/14-, cuya resolución se revoca en el único sentido que, en relación a los intereses, se contiene en el fundamento jurídico cuarto de esta resolución; todo ello, sin hacer expreso pronunciamiento en costas.

Contra la presente resolución, podrán las partes legitimadas interponer, en su caso, recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal en el plazo de veinte días ante esta Audiencia.

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.