

**AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCION PRIMERA
PONTEVEDRA**

**Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 116/14
Asunto: ORDINARIO 507/12
Procedencia: PRIMERA INSTANCIA NÚM. 3 CANGAS**

**LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA,
COMPUESTA POR LOS ILMOS MAGISTRADOS**

**D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ
D. MANUEL ALMENAR BELENGUER
D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO
D^a MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ
D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ,**

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM.

En Pontevedra a

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de procedimiento ordinario 507/12, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Cangas, a los que ha correspondido el Rollo núm. 116/14, en los que aparece como parte apelante-demandado: NCG BANCO SA, representado por el Procurador D. JOSE GONZALEZ PUELLES CASAL, y asistido por el Letrado DRI UPU LO , y como parte apelado-demandante: D. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], representado por el Procurador D. SENEN SOTO SANTIAGO, y asistido por el Letrado D. EUGENIO MOURE GONZÁLEZ, y siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. **D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ**, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Cangas, con fecha 26 noviembre 2013, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que estimo la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sr. [REDACTED] Sa ag en nombre y representación de demandante D. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] contra la entidad demandada NOVAGALICIA BANCO SA y en consecuencia declaro la nulidad por vicio en el consentimiento de los contratos de orden de compra de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas concertados por el demandante con la entidad demandada en fechas 2-6-2010, 3-6-2010, 10-6-2010, 22-3-2011, 22-3-2011 y 22-3-2011, condenando a la entidad bancaria demandada a devolver al demandante la cantidad de 39.0000 euros, más los intereses pertinentes que se han de determinar en ejecución de sentencia, sobre las siguientes bases: sobre el nominal del producto se aplicará, desde la fecha de contratación, y hasta la fecha de esta sentencia, un interés equivalente al tipo de interés legal del dinero, y desde esta sentencia se aplicará el régimen general del art. 576 LEC hasta efectivo pago. La cantidad obtenida bajo estos criterios se compensará con los intereses ya percibidos por parte del demandante a determinar ello igualmente en ejecución de sentencia.

Y todo ello con expresa imposición de las costas causadas a la parte demandada."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por NCG BANCO SA, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Es objeto de recurso la sentencia de primera instancia que declaró la nulidad de seis contratos de orden de compra de participaciones preferentes y [REDACTED] ones subordinadas concertados por el demandante, Don [REDACTED] con la entidad Novagalicia Banco, S.A. y condenó a ésta a restituir al demandante la suma de 39.000 euros más intereses, que habrían de determinarse al tipo del interés legal desde la "fecha de la contratación" hasta la fecha de la sentencia, añadiéndose que "la cantidad obtenida se compensará con los intereses percibidos por parte del demandante a determinar ello igualmente en ejecución de sentencia".

Tras efectuar un resumen de las posiciones de las partes y exponer las características de los productos contratados, la sentencia ahora recurrida considera que la entidad demandada no había conseguido probar la información suministrada al cliente y que, en todo caso, la información aportada resultaba insuficiente y oscura, al tiempo que aprecia una infracción de la normativa sectorial sobre comercialización de productos de inversión. Todo ello generó una situación de consentimiento viciado por error determinante de la nulidad del contrato, que la sentencia resuelve en cuanto a sus efectos mediante la aplicación del art. 1303 del Código Civil en la forma que se ha dejado expuesta.

SEGUNDO.- El recurso de apelación se estructura en seis motivos, en los que se denuncia tanto la infracción en el proceso de valoración de la prueba como la infracción en la aplicación de la normativa aplicable. Se opta, para la resolución del recurso, por la reproducción de los motivos expuestos por la apelante para seguidamente proceder a su resolución de forma separada.

"1) Vulneración de los arts. 1265 y 1266 CC, al declarar que existe nulidad por un error en la contratación por parte del demandante en contra de lo establecido en dichos preceptos y la jurisprudencia que los interpreta.

2) Infracción de los arts. 316 y 326 LEC, al valorar las pruebas consistentes en los documentos privados de forma ilógica e irrazonable, dicho sea respetuosamente y en términos de estricta defensa.

3) Vulneración de los arts. 1309, 1311 y 1313 CC y de la doctrina general de los actos propios, reconocida por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, al no declarar la existencia de una confirmación tácita en la conducta posterior a la contratación por parte del recurrido, infringiendo lo dispuesto en dichos preceptos y su consiguiente interpretación jurisprudencial.

4) Vulneración del art. 1307 en relación al 1303 del CC, puesto que la sentencia recurrida no restituye adecuadamente a ambas partes a la situación patrimonial que tenían antes de la contratación.

5) Vulneración del art. 1109 CC al condenar a los intereses desde la fecha en que se realizó la inversión-

6) Vulneración del art. 394 LEC al imponer costas en contra del criterio del Tribunal Supremo sostenido en supuesto de hecho similar, así como por la existencia de jurisprudencia contradictoria que evidencia la concurrencia de serias dudas de Derecho".

2.1.- Vulneración de la doctrina del error como vicio del consentimiento contractual.

El motivo comienza haciendo resumen de la doctrina

jurisprudencial sobre el error invalidante del consentimiento contractual y concluye que la sentencia ha aplicado incorrectamente el requisito de la excusabilidad del error *"al basarlo en circunstancias genéricas como la falta de formación especial en materia financiera"*, en lugar de haber tomado en cuenta que el actor celebró hasta seis contratos sobre el mismo o similar objeto, lo que demostraría que el actor se encontraba familiarizado con este tipo de producto y que contaba con conocimientos en materia financiera, a lo que añade que el demandante contaba con estudios universitarios, que no consta que hiciera esfuerzo alguno en informarse, y que permaneció en el supuesto error durante un prolongado período de tiempo, circunstancias que hacen que el error deba ser calificado de inexcusable. Sobre tales argumentos se añade que la sentencia no analiza el requisito de la causalidad del error y que aplica de forma incorrecta el análisis de las circunstancias existentes en el momento en el que el error surgió con respecto a cada uno de los contratos anulados. Finalmente se concluye que la sentencia se limita a conectar determinadas carencias en la información suministrada por la Caja con el consentimiento viciado por error, con vulneración de la doctrina jurisprudencial que proclama el carácter restrictivo del error y afirma el principio de conservación de los contratos.

Frente a estos argumentos debemos recordar que, como es sabido, tal como recuerda el apelante, para que el error determine la nulidad del contrato se precisa de su carácter esencial y excusable, entendiendo que es inexcusable el error cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media, apreciando ésta valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, con especial hincapié en ese imprescindible deber de información que permita que el contratante pueda tener un conocimiento razonable de lo que contrata, con una información completa e individualizada, sobre el objeto y condiciones del contrato, que ha de relacionarse con la específica preparación y conocimientos de tal contratante, es decir, individualizándose en el caso particular la construcción doctrinal y legal general.

Sobre este particular, en nuestra sentencia de 20 de enero de 2012 ya afirmamos que:

"...Es por ello que las entidades, que son las que diseñan los productos y las que los ofrecen a su clientela, deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera de su cliente, a fin de que éste comprenda, con ejemplos sencillos, el alcance de su decisión, y estime si ésta es adecuada, o si le va a poner en una situación de riesgo no deseada... La formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para poder valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se concreta responden a su

voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquello a lo que se obliga y de lo que va a recibir a cambio..."

Más recientemente, en la sentencia del pleno de la Sala Primera del TS de 20 de enero de 2014, se hacía resumen de la doctrina jurisprudencial sobre el error del siguiente modo:

"Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada ("pacta sunt servanda") imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad -autonomía de la voluntad-, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una "lex privata" (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos.

En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos-sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias pasadas, concurrentes o esperadas-y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el

riesgo que afecta a todo lo humano.

El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida”

Se justifica la larga cita porque la sentencia plantea expresamente la cuestión que, nos parece, fundamenta de manera esencial la queja del recurrente en este primer motivo del recurso, a saber, la relación existente entre la comprobada infracción de la normativa sectorial sobre información al cliente que adquiere productos financieros complejos y la doctrina tradicional del error invalidante. Esta cuestión, -recuérdese-, constituye la *ratio decidendi* de la sentencia, que ofrece una interpretación que puede entenderse confirmada por la del Alto Tribunal en línea, por lo demás, con lo que veníamos interpretando en esta Sala de apelación en supuestos similares.

El cliente ha de ser informado de las condiciones y características del producto contratado, como es de evidencia. Ha de tratarse además de una información suficiente, que permita tomar conocimiento del nivel de riesgo asumido. En la sentencia de 4.4.2013 analizábamos las exigencias de información con respecto a las participaciones preferentes, en relación con la doctrina del error como vicio del consentimiento.

También hemos recordado que la Propuesta de Anteproyecto de Ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos, elaborada por la sección de Derecho civil de la CGC, precisa los requisitos del error invalidante del consentimiento en su art. 1298, exigiendo que se trate de un error provocado por la información suministrada por la contraparte, que ésta lo hubiera conocido o debido conocer o mantenga en él al otro contratante de mala fe, y añade que ha de ser esencial, entendiéndose por tal cuando sea de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes. La cuestión se desarrolla extensamente en la más reciente STS de 20.1.2014 a cuyo razonamiento cumple remitir en este lugar.

En consecuencia, la cuestión de la correcta formación del consentimiento contractual debe conectarse con las específicas

exigencias de información en la adquisición de productos como las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas, en particular con relación a las exigencias adicionales de información previstas en la normativa vigente, producto de la reforma operada por la Ley 9/2012, de 14 de noviembre en la ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, o en el Real Decreto-ley 24/2012 de 31 de agosto. Pero sí resultaban de aplicación las normas de transposición de la Directiva MIFID, 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, (por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo): la Ley 47/2007 de modificación de la LMV y el RD 217/2008.

El hecho de que dichas normas no estuvieran en vigor cuando se contrataron los primeros productos, -20 y 27 de febrero de 2007, no constituye obstáculo para lo que se viene afirmando. Es bien conocido cómo la impronta liberal e individualista que inspira el Código Civil hace que en él no se encuentren normas que impongan un especial deber de información a la contraparte en el Derecho de contratos. Tal omisión no supone una especial dificultad, pues existe base suficiente para determinar la existencia de tal deber de forma implícita en las normas generales sobre la regulación del consentimiento contractual y sus vicios (arts. 1265 y ss.) Las normas del código sustantivo proporcionan un fundamento sólido para entender reforzado el deber de información del banco, como contratante poseedor de un muy superior grado de información, al punto de haber sido el diseñador del producto financiero en función de sus peculiares estrategias de capitalización, en las concretas circunstancias del caso analizado. La normativa vigente en la fecha en que se concertaron los contratos establecía la misma exigencia de protección específica del cliente de servicios bancarios, constituida por la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, base sobre la que se dictó la OM de 12 de diciembre de 1989, hoy derogada, pero que constituye la norma de referencia, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito.

La sola infracción de estos deberes de información precontractual no determina automáticamente la afirmación de la existencia del error, pues como aprecia la repetida STS 20.1.2014 "...conviene aclarar que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información...", pero al mismo tiempo ha de subrayarse que "...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." De otra parte la sentencia considera, en línea con la interpretación jurisprudencial predominante, que compete a la entidad financiera la carga de probar que el cliente se encontraba suficientemente informado de las características del producto contratado.

Como recoge la sentencia, no existe prueba del conocimiento por los actores del tríptico informativo aportado por la demandada. La prueba del suministro de información suficiente incumbe, se repite, a la parte demandada, en evidente aplicación del principio de disponibilidad y facilidad probatoria ex art. 217.7 LEC. Esta información ha de resultar de intensidad en el sistema de las operaciones bancarias, a cuyas condiciones el consumidor solo puede adherirse al contenido contractual ofrecido, como se desprende del art. 79.1, a), c) y e) Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, lo que corrobora el R. Decreto 629/1993, 3 de mayo, respecto a la información a la clientela, proporcionando toda la que pueda ser relevante, *"haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva"*, según el art. 5.3.

Pues bien, en el caso apreciamos que se está en presencia, de un pequeño inversor, sin conocimientos probados sobre el funcionamiento del mercado financiero; su formación académica resulta muy alejada de este singular campo. No existe tampoco dato alguno que permita inferir que el actor fue informado de la naturaleza singular del producto que contrataba, sino que tal como manifestó lo adquirió en la creencia de que se trataba de *"un plazo fijo"*; tampoco consta de ninguna forma que su voluntad fuera la de asumir una situación de riesgo ante posibles situaciones de insolvencia, al quedar su crédito absolutamente postergado, como contrapartida a la rentabilidad ofrecida en el caso de las obligaciones subordinadas o un producto de la naturaleza de la participación preferente.

El actor afirmaba en su demanda que en el año 2007 había acudido a las oficinas de la demandada interesándose por productos seguros que estuvieran garantizados y que con tal demanda los empleados de la caja le ofrecieron las participaciones preferentes anunciadas como *"un producto exclusivo de alta rentabilidad"*, sin que se le hiciera ningún test sobre su nivel de conocimiento de productos financieros y sin que se le hiciera entrega de ninguna documentación complementaria, en particular del folleto de emisión o del tríptico resumen. A requerimiento de la entidad, -continúa la demanda-, fue haciendo nuevas inversiones en el mismo producto, en las mismas condiciones de información. El demandante afirmaba que solicitó información del producto cuando saltó a la prensa el *"escándalo de las preferentes"* y que en ese momento se le facilitaron los contratos de administración y depósito de valores y de compra de valores, que acompaña con su escrito de demanda.

En nuestra reciente sentencia de 11.2.2014 analizábamos el contenido de la información suministrada por la misma entidad con respecto a idénticos productos. En relación con el folleto resumen en dicha resolución concluíamos su carácter oscuro y

complejo, y sosteníamos su inidoneidad para servir de vehículo de la información exigible. Así, por ejemplo, advertíamos de que dentro del apartado esencial sobre factores de riesgo de los valores, se aludía al riesgo de no percepción de las remuneraciones, señalándose que *"el pago de la remuneración estará condicionado a la obtención de beneficio distribuible (tal y como este término se define en el apartado 18.4.7.1 Nota de Valores) y a la existencia de recursos propios suficientes de conformidad con la normativa bancaria que resulte de aplicación en cada momento"*. Pero no solo se recogía una información oscura y que se remitía a conceptos y normativa cuyo contenido no se concretaba, sino que a continuación y en relación con el único término comprensible, como es el de "beneficio", señalábamos que se advertía que *"el beneficio distribuible correspondiente a los tres últimos ejercicios ha sido el siguiente: 178.573.000 euros (2008), 178.005.000 euros (2007), 132.520.000 (2006). A efectos meramente teóricos, y suponiendo que la Emisión se suscribe íntegramente, el importe total en concepto de remuneración estimada correspondiente al ejercicio 2009 sobre el total de participaciones preferentes emitidas o garantizadas por Caixanova, supone un 16,21% sobre el Beneficio Distribuible del ejercicio 2008"*, con lo que se daba a entender equívocamente que el beneficio distribuible, - dato que determina la existencia de remuneración-, no suscitaba dudas a la vista de la evolución de los últimos daños, desnaturalizando de este modo el aviso o advertencia.

Como en aquél supuesto, no existe prueba de que la entidad demandada hubiera suministrado otra información diferente a la que sostiene el actor en su demanda, hecho de prueba sumamente accesible, por ejemplo con la aportación de recibos firmados por el cliente. En consecuencia, todas las alegaciones que en tal sentido se efectúan en el apartado segundo del escrito de contestación, carecen de soporte probatorio. El hecho de que se hubieran suscrito órdenes de compra en diversas ocasiones lo único que demuestra es la eficacia en el proceso de comercialización del producto, -de dos productos diferentes que satisfacían las exigencias de capitalización de la entidad financiera pero cuya utilidad para los pequeños ahorradores está todavía por demostrar-, por parte de la Caja y la confianza demostrada por el cliente, y no lo consideramos como indicio de que éste comprobara por sus propios medios, -obligación, se insiste, impuesta legalmente a quien ofrece el producto- las características específicas del producto contratado, los riesgos que ofrecía o la idoneidad de la inversión teniendo en cuenta su propio perfil.

La declaración del demandante resultó ser la única prueba personal practicada en el acto del juicio, y su resultado fue conforme con los hechos que se describían en la demanda. La Sala aprecia que ha sido correctamente valorada por la juez de primer grado, de la misma forma en que, como ha quedado dicho, la sentencia acertó a la hora de apreciar la concurrencia de un error invalidante del consentimiento contractual.

Se desestima el motivo.

2.2.- Infracción de los arts. 316 y 326 de la ley procesal en relación con los arts. 1265 y 1266 del Código Civil.

La queja ha quedado resuelta en el fundamento anterior. Solemos repetir desde este órgano jurisdiccional que cuando el recurso se fundamenta en una errónea valoración del material probatorio por el juez de primer grado, la tarea de apreciación de la prueba se asume por esta Sala con plena jurisdicción, con la matización obvia de que es el juez de primera instancia quien se encuentra en una posición de privilegio para valorar la prueba, pues ante él se desarrolla el plenario y en su seno la totalidad de la actividad probatoria, -a salvo de la que resulte admitida en segunda instancia-, lo que permite limitar el juicio de hecho en grado de apelación al análisis de la corrección del criterio valorativo seguido por el juez a quo, siempre, claro está, que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia (SSTC 17 de diciembre de 1985, 23 de junio de 1986, 13 de mayo de 1987, 2 de julio de 1990, 4 de diciembre de 1992 y 3 de octubre de 1994, entre otras); en este contexto, el tribunal de apelación rectificará la apreciación judicial, bien cuando el razonamiento seguido en la sentencia apelada sea ficticio, -en el sentido de soportado sobre bases irracionales o contrarias a la lógica-, o bien cuando un detenido y ponderado examen de las actuaciones ponga de relieve un "manifiesto y claro error del juzgador "a quo" de tal magnitud y diafanidad que haga necesaria, con criterios objetivos y sin el riesgo de incurrir en discutibles y subjetivas interpretaciones del componente probatorio existente en autos, una modificación de la realidad fáctica establecida en la resolución apelada.

Con todo, hemos procedido a analizar de propia mano la prueba aportada y la declaración del demandante en el acto de la vista y no apreciamos el error que el apelante denuncia. La sentencia efectúa una valoración conjunta de la documentación aportada y de la declaración del demandante y acierta a la hora de apreciar la falta de actividad probatoria de la demandada en relación con hechos esenciales sobre la formación del consentimiento y a la hora de aplicar la norma jurídica sobre distribución del *onus probandi*. El análisis del folleto informativo también ha sido realizado en el fundamento anterior en relación con lo que sostuvimos en nuestra sentencia de 11.2.2014, a lo que se añade el hecho relevante, además, de la falta de acreditación de su entrega al demandante.

2.3.- Infracción de la doctrina sobre los actos propios.

Considera el apelante que el hecho de haber contratado en seis ocasiones productos similares y la circunstancia de venir recibiendo información periódica sobre la liquidación de los intereses o el no haber presentado queja alguna hasta la presentación de la demanda constituyen actos propios vinculantes para el actor.

La alegación resulta recurrente en este tipo de procesos. Sobre ella ya hemos afirmado que el hecho de que se contrataran en momentos diferentes los productos objeto de litigio no supone ninguna circunstancia capaz de enervar el error. Otro tanto consideramos respecto de la recepción de información sobre las sucesivas liquidaciones de intereses, que no eliminan la

obligación de informar de la entidad financiera, tal como se ha razonado en el fundamento anterior.

"El principio general del derecho que afirma la inadmisibilidad de venir contra los actos propios constituye un límite de derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia del principio de la buena fe y de la exigencia de observancia de una conducta coherente dentro del tráfico jurídico y siempre que concurran los requisitos o presupuestos que exige la doctrina para su aplicación, que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una determinada situación jurídica afectante a su autor y, asimismo, que exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta precedente" (STS 25.7.2000, con cita de numerosa doctrina jurisprudencial).

Nos parece evidente que los hechos afirmados por el demandado no constituyen actos jurídicos inequívocos destinados a fijar relaciones jurídicas con capacidad para enervar la normativa protectora del inversor que ha sido mencionada.

Se desestima el motivo.

2.3.- *Infracción del art. 1307 en relación con el art. 1303 del Código Civil.*

Considera la entidad recurrente que el actor debe ser condenado, al hacer aplicación de la normativa sobre la retroacción de efectos de la nulidad contractual, a restituir los títulos que actualmente posee o lo percibido en virtud del canje más los intereses legales, cantidades que a su vez deberían producir intereses. Seguidamente el recurrente matiza que la obligación de devolver los títulos no resulta posible al haber sido objeto de un canje forzoso por el FROB.

Como reconoce la entidad apelante, la interpretación del alcance del art. 1303 del Código Civil es bien conocida. La STS de 11 de febrero de 2003 afirmaba que *"... procede analizar los efectos jurídicos de tal declaración, los cuales se regulan con carácter principal (no exclusivamente) en el art. 1.303 CC, en el que se establece que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses. El precepto, que tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador (SS. 22 septiembre 1.989, 26 julio 2.000), evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra (SS. 22 noviembre 1.983, 24 febrero 1.992, 30 diciembre 1.996 -llegar hasta donde se enriqueció una parte y hasta donde efectivamente se empobreció la otra-), es aplicable a los supuestos de nulidad radical o absoluta, no solo a los de anulabilidad o nulidad relativa, (SS. 18 enero 1.904, 29 octubre 1.956, 7 enero 1.964, 22 septiembre 1.989, 24 febrero 1.992, 28 septiembre y 30 diciembre 1.996), y opera sin necesidad de petición expresa, por cuando nace de la ley (SS. 22 noviembre 1.983, 24 febrero 1.992, 6 octubre 1.994, 8 noviembre 1.999). Por consiguiente cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenía al tiempo de la*

celebración (SS. 29 octubre 1.956, 22 septiembre 1.989, 28 septiembre 1.996, 26 julio 2.000), debiendo los implicados devolverse lo que hubieren recibido por razón del contrato (SS. 7 octubre 1.957, 7 enero 1.964, 23 octubre 1.973). El art. 1.303 CC se refiere a la devolución de la cosa con sus frutos (SS. 9 febrero 1.949, y 18 febrero 1.994) y el precio con sus intereses (SS. 18 febrero 1.994, 12 noviembre 1.996, 23 junio 1.997), norma que parece ideada en la perspectiva de la compraventa, pero que no obsta a su aplicación a otros tipos contractuales".

Además, la jurisprudencia de la Sala Primera del TS admite con claridad la posibilidad de adaptación de las consecuencias de la retroacción de efectos de la nulidad a las circunstancias del caso:

"También esta Sala ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad ya que "la "restitutio" no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad" (STS 118/2012, de 13 marzo).

En nuestro caso, declarada la nulidad del contrato por apreciarse la existencia de un consentimiento deficientemente formado por el error en que incurrió uno de los contratantes, la consecuencia habrá de ser, por tanto, la restitución recíproca de prestaciones. No obstante debe tenerse en cuenta que, -como hace constar la apelante-, habiéndose producido un canje forzoso de los títulos por parte del FROB, no resulta posible la restitución in natura. Lo que no precisa la parte apelante, ni podemos conocer a la vista del examen de las actuaciones, es el producto obtenido por el actor a consecuencia del canje. Sin embargo, la propia parte apelada se conforma con la obligación de restituir los títulos percibidos por el actor en virtud de canje, por lo que en este sentido habrá de modificarse la parte dispositiva de la resolución recurrida.

En cuanto al alcance de la obligación de restitución, no se hace cuestión por tanto sobre el hecho de que el actor habrá de restituir los títulos en la forma que acaba de expresarse y que la entidad financiera deberá restituir a su vez el importe de la inversión con el interés legal. La cuestión estriba en precisar la dimensión exacta de las respectivas obligaciones de devolver las *"cosas con sus frutos y el precio con sus intereses"*.

La obligación de restitución de la entidad se identifica con la obligación de devolver el capital invertido con los frutos, -el interés legal-, que tal suma ha devengado desde que se realizaron las entregas de dinero con cada orden de compra, tal como recoge la resolución recurrida.

Es cierto que algunas resoluciones judiciales han modulado el alcance de esta obligación, señalando que los frutos de la cantidad entregada por el cliente no se corresponden con el interés legal, sino que debería señalarse un interés diferente, por ejemplo el correspondiente a la media de las imposiciones a plazo, criterio seguido, por ejemplo, por la SAP de Ciudad Real

de 6.2.2014. No obstante, en nuestro caso, la pretensión del demandante se concreta a la petición del interés legal, criterio que ha sido respetado, como expresión del principio dispositivo, por la sentencia recurrida.

Esta cantidad habrá de compensarse con la obligación de restitución impuesta al demandante de los intereses abonados a consecuencia de los diversos productos contratados.

La cuestión, -a la que la sentencia no dedica razonamiento alguno-, está en determinar si dicha suma debe o no devengar a su vez intereses, tal como propone la parte apelante en línea con lo que acaba de afirmarse respecto de su obligación de restitución, o si, por el contrario, procede realizar una interpretación analógica de las normas sobre liquidación de estados posesorios, como sostiene la parte apelada, que se basa en la existencia de una situación de buena fe por parte del cliente que adquiere los productos bancarios inducido por el error de la entidad financiera.

En la tesis apelada *"se daría la paradoja de que el banco sí habría obtenido una rentabilidad, no cuantificada, que no tendría que compensar ya que con el dinero que se le entregó en depósito negociación en el mercado y obtuvo rentabilidad, y por el contrario el cliente vería que por ese dinero no se le daría retribución alguna y, además, no se le compensaría por su pérdida de valor, que se le reintegraría el valor neto de la aportación inicial menos los intereses recibidos, y ese dinero habría perdido valor por los sucesivos incrementos del IPC durante los años de duración del depósito..."*

Es cierto que la jurisprudencia ha relacionado en ocasiones los efectos del art. 1303 y los derivados de la liquidación de estados posesorios, en particular en los supuestos en los que se trataba de devolver bienes inmuebles que habían venido siendo poseídos por un poseedor de buena fe que vencía en el ejercicio de la acción de resolución que determinaba la reposición de las cosas al estado que tenían al celebrarse el contrato (vid. por todas, la STS 30.4.2013: *"Junto a esta obligación de restitución provocada por la resolución contractual, motivo tercero del recurso, y conforme a la razón de compatibilidad anteriormente señalada, la resolución también puede operar unos efectos restitutorios que no surgen directamente de la ineficacia funcional del contrato programado, sino que se residencian, más bien, en la obligación de entrega de la cosa cuya adquisición ha devenido ineficaz, por la resolución del título que la justificaba, dando lugar a la restitución y liquidación del estado posesorio, artículos 451 a 458 del Código Civil. Desde esta perspectiva, y aunque el artículo 1303 no lo mencione, el principio de buena fe se erige como criterio determinante de la ordenación establecida. En efecto, conforme al artículo 451 del Código Civil (LA LEY 1/1889), la posesión de buena fe constituye "per se" el título de atribución de los frutos producidos, cuestión que en el presente caso resulta extrapolable tanto al goce como al disfrute de la vivienda por los compradores mientras duró su buena fe posesoria. Por contra, la posesión de mala fe no solo no constituye título de atribución, sino que impide que el título de atribución que resulte produzca sus efectos sobre la propiedad de los frutos en toda su extensión; de ahí que el artículo 455 del Código Civil (LA LEY 1/1889)*

señale que el poseedor de mala fe no solo tiene que abonar los frutos percibidos, sino también los frutos que el poseedor legítimo hubiera podido percibir (fructus percipiendi). En el presente caso, el valor de la ocupación o disfrute de la cosa desde el momento en el que los compradores perdieron su condición de poseedores de buena fe y siguieron poseyendo la cosa en perjuicio del legítimo poseedor, debiendo ser resarcido a través de esta obligación de restitución.”)

El demandante, al margen de concretas prestaciones indemnizatorias no ejercitadas en el presente proceso, ve restituida su posición mediante la entrega por la entidad bancaria de las cantidades que depositó con los intereses desde la fecha de cada contrato, y resulta consecuencia de la retroacción de efectos del art. 1303 que por su parte restituya las cantidades que en virtud de un contrato cuya invalidez ha pretendido ha percibido durante su vigencia.

Pero otra cosa es que dichas cantidades deban a su vez producir intereses. La cuestión se conoce polémica en la jurisprudencia de los órganos provinciales.

Por nuestra parte entendemos que la obligación del demandante, en las concretas circunstancias del caso, se debe limitar a la devolución de los rendimientos obtenidos por el producto financiero adquirido sin tener que restituir los frutos civiles de dichas sumas, por las siguientes razones:

a) porque, como venimos razonando a lo largo de toda esta resolución, en línea con la interpretación jurisprudencial dominante, la esencia de la declaración de nulidad está en la existencia de un vicio estructural en el negocio a consecuencia de la situación de error generada en el cliente, -consumidor-, por la actuación de la entidad financiera. Ello determina una situación de desigualdad en la información y de desequilibrio en los derechos y obligaciones dimanantes del contrato, con vulneración de la normativa legal, que no fue restablecida por la entidad demandada; situación de desequilibrio que debe traducirse también en la reposición de las cosas al momento de la celebración del contrato, en aplicación del art. 1303 sustantivo.

b) porque el análisis de la conducta de la entidad financiera, tal como se desprende de los hechos probados, permite su consideración como una actuación de mala fe, que debe tener traducción en la restitución de las cosas a su origen.

c) porque, nos parece, que se consolidaría una situación de enriquecimiento injusto si se obliga a devolver al cliente los intereses legales de las sumas percibidas en virtud de las órdenes de adquisición de participaciones preferentes y deuda subordinada, mientras que la entidad, que celebró el contrato con el fin de atender a sus exigencias coyunturales de capitalización, habrá obtenido rendimiento de las sumas depositadas por el cliente en normal desarrollo del negocio bancario.

d) porque la normativa protectora del consumidor, -en particular los arts. 60 y 62 del TR 1/2007, además de la normativa específica citada sobre protección del consumidor

adquirente de servicios y productos financieros-, constituye base suficiente para incrementar el estándar de la buena fe contractual exigible a la entidad financiera, que en el caso se ha visto vulnerada de forma palmaria, y da fundamento a la modulación de los efectos de la retroacción de efectos con el fin de evitar situaciones de desprotección de los consumidores.

e) porque, en esta misma línea de razonamiento, se sitúa la legislación especial dictada para la reestructuración de entidades de crédito, -Ley 9/2012, de 14 de noviembre-, que establece, en su apartado IV, como uno de sus objetivos la adopción de medidas de protección del inversor "*... en relación con la comercialización de los 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*"; prácticas irregulares de comercialización como las que han constituido el objeto del presente litigio.

2.4.- *Vulneración del art. 1109 del Código Civil al condenar a los intereses desde la fecha en que se realizó la inversión.*

Considera la apelante que los intereses deben devengar desde la fecha de la interposición de la demanda, en aplicación de la doctrina jurisprudencial que interpreta el art. 1108. Sin embargo nos parece que esta forma de argumentar es en buena medida contradictoria con la desarrollada en el motivo precedente, en el que, con más precisión, se concreta la pretensión en el marco de la restitución de prestaciones procedentes de la nulidad del contrato. En efecto, así son las cosas, pues de lo que se trata es de retrotraer los efectos de la declaración de nulidad al momento de celebración de la relación jurídica, por lo que la sentencia ha resuelto la cuestión correctamente.

Se desestima el motivo.

TERCERO.- Desestimados en su integridad el recurso, de conformidad con lo establecido en los arts. 394 y 398 del Código Civil, las costas devengadas en esta segunda instancia se imponen al recurrente.

No compartimos la pretensión de exoneración de la obligación de pago de las costas de primera instancia por tratarse de una cuestión jurídica.

La existencia de pronunciamientos estimatorios o desestimatorios que relaciona el demandante no viene condicionada por las dudas de derecho o de hecho. No se está ante una jurisprudencia vacilante o contradictoria en la aplicación de la norma que da lugar a la estimación sustancial de la pretensión, sino ante soluciones diferentes en función de las peculiaridades de la prueba en cada caso concreto. Las dudas de derecho, de las que se ha dado cuenta en el fundamento anterior, se limitan a la determinación del alcance de la obligación accesoria de interés en la restitución de efectos consecuencia de la nulidad, por lo que no se consideran relevantes para enervar la aplicación de la regla del vencimiento objetivo.

La estimación parcial del recurso determina la no imposición de costas en esta alzada.

Se desestima el motivo.

Vistos los preceptos citados y demás de necesaria y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que estimamos parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación procesal de NCG BANCO, S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Cangas de Morrazo, recaída en autos de juicio ordinario registrados bajo el número 507/2012, resolución que confirmamos en su integridad, con la salvedad de matizar que la obligación de restitución del demandante se limita a la restitución de los títulos percibidos en su caso tras el canje impuesto por el FROB, y a la restitución de los rendimientos obtenidos por las sumas entregadas.

No se efectúa pronunciamiento en cuanto a las costas devengadas en esta alzada.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se pondrá testimonio en lo autos principales, con inclusión del original en el libro correspondiente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.