



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

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

SENTENCIA: 00672/2014

AUD. PROVINCIAL SECCION N. 6 de PONTEVEDRA

S40050

C/LALÍN, NÚM. 4 - PRIMERA PLANTA - VIGO

-

Tfno.: 986817388-986817389 Fax: 986817387

N.I.G. 36057 42 1 2012 0011730

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000459 /2013

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 11 de VIGO

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000730 /2012

Apelante: NGC BANCO S.A.

Procurador: FATIMA PORTABALES BARROS

Abogado: DIANA MARIA OTERO MASCATO

Apelado:

Procurador: ALBERTO VIDAL RUIBAL, ALBERTO VIDAL RUIBAL, ALBERTO VIDAL RUIBAL

Abogado: DIANA MARIA OTERO MASCATO, DIANA MARIA OTERO MASCATO, DIANA MARIA OTERO MASCATO

**LA SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA,
SEDE VIGO**, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados D. Jaime
Carrera Ibarzabal, Presidente; D. Julio Picatoste Bobillo y
D^a. Magdalena Fernández Soto, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

La siguiente

SENTENCIA núm. 672/14

En Vigo, a veinticuatro de noviembre de dos mil catorce.

Vistos en grado de apelación ante esta Sección 6^a de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sede Vigo, los autos de procedimiento ordinario número 730/12 procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 11 de Vigo, a los que ha correspondido el núm. de Rollo de apelación **459/13**, en los que es parte **apelante**- "NCG BANVO S.A.", representado por el Procurador D^a. Fátima Portabales Barros y asistido del letrado D^a. Carmen Campos Baz; y, **apelada**-



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

representados por el procurador D. Alberto Vidal Ruibal y
asistido del letrado D^a. Diana María Otero Mascato.

Ha sido Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. Jaime Carrera
Ibarzabal, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1^a Instancia núm. 11 de Vigo,
con fecha 16 de mayo de 2013, se dictó sentencia cuyo fallo
textualmente dice:

“Que **DEBO ESTIMAR Y ESTIMO INTEGRAMENTE** la demanda deducida
por el Procurador Sr. **VIDAL RUIBAL** quien actúa en nombre y
representación de

contra NOVAGALICIA BANCO, S.A. y, en su virtud:

1.- **DECLARO** la nulidad de pleno derecho del contrato de
compraventa de las ordenes de compra de obligaciones
subordinadas denominadas **CAIXANOVA 1^a emisión** ejecutadas el
14 de septiembre de 2006 por importe de 199.800.-€; el 22
de marzo de 2007 por importe de 30.000.-€; el 23 de marzo
de 2007 por importe de 69.000.-€ y el 29 de febrero de 2008
por importe de 45.000.-€ (y que ahora se corresponden con
145 y títulos de obligaciones subordinadas **CAIXANOVA E 8/03**
por un valor nominal de 88.908,32.-€ de las que es titular
, con 513 títulos de obligaciones
subordinadas **CAIXANOVA E 1/03** por un valor nominal de
15.390.-€ de las que es titular y
con 4.560 títulos de obligaciones subordinadas **CAIXANOVA E**
1/03 por un valor nominal de 136,800.-€ de las que es
titular por vicio del
consentimiento.

2.- **CONDENO a NOVAGALICIA BANCO S.A.** a abonar:

a la cantidad de 88.908,32.-€

a la cantidad de 15.390.-€

a la cantidad de 136,800.-€

3.- **CONDENO a NOVAGALICIA BANCO, S.A.** a estar y pasar por
esta declaración y, en su consecuencia, a que abone a los
actores las referidas cantidades de principal justo con los
intereses en la forma determinada en el fundamento jurídico
quinto.

4.- Costas a la parte demandada.”

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia, por la representación
procesal de NCG BANCO S.A., se interpuso recurso de apelación



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

que fue admitido a trámite y, conferido el oportuno traslado, se formuló oposición al mismo por la parte contraria.

Una vez cumplimentados los trámites legales, se elevaron las actuaciones a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con sede en Vigo, para su resolución, dando lugar a la formación del correspondiente rollo, señalándose para la deliberación del recurso el día 20 de noviembre de 2014.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Incongruencia de la sentencia.

Expone la sentencia del Tribunal Supremo de 25 septiembre 2002 que "Es doctrina reiterada y absolutamente constante, emanada de las resoluciones de esta Sala, la que establece como principio general en relación al vicio procesal que alega, que la congruencia no tiene otra exigencia que la derivada de la conformidad que ha de existir entre la sentencia y la pretensión, o las pretensiones, que constituyen el objeto del proceso, y existe, pues congruencia, allí donde la relación entre el fallo y pretensión procesal no está sustancialmente alterada, entendiéndose por pretensiones procesales las deducidas en los suplicos de los escritos fundamentales rectores del proceso, y no en los razonamientos o argumentaciones que se hagan en los mismos (por todas la sentencia de 26 junio 1996). Asimismo indica dicha doctrina que no es admisible la supuesta incongruencia, puesto que lo que importa es que los pronunciamientos del fallo dejen resueltos todos los extremos debatidos; la congruencia hace referencia a la necesidad de que entre la parte dispositiva de la resolución judicial - no entre sus fundamentos - y las pretensiones oportunamente deducidas en la demanda, exista la máxima concordancia y relación"

E, insistiendo en dicha doctrina, la jurisprudencia señala que a los efectos de congruencia, por sentencia debe entenderse su parte dispositiva y no sus fundamentos jurídicos y fácticos o, lo que es igual, la congruencia se predica por la relación entre el suplico y el fallo sin alcanzar a los razonamientos (por todas, sentencias del Tribunal Supremo de 16 febrero 2006, 12 noviembre 2009, 23 julio y 2 y 3 noviembre de 2010 o 10 de febrero de 2011).

El suplico del escrito de demanda resultaba del tenor literal siguiente: "*Se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de los contratos de compra de Obligaciones Subordinadas Caixanova E/01-03, condenando a la entidad bancaria a devolver a la cantidad de 136.800 euros, a la cantidad de*



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

15.390 euros y a la cantidad de 88.908,32 euros, así como los intereses legales generados desde el momento del contrato hasta su devolución".

Y la sentencia de instancia dispone:

"1. Declaro la nulidad del pleno derecho del contrato de compraventa de las órdenes de compra de obligaciones subordinadas denominadas Caixanova 1ª emisión, ejecutadas el 14 de septiembre de 2006 por 30.000 euros; el 22 de marzo de 2007, por importe de 30.000 euros; el 23 de marzo de 2007, por importe de 69.000 euros y el 29 de febrero de 2008 por importe de 15.000 euros (y que ahora se corresponden con los 145 títulos de obligaciones subordinadas Caixanova E 8/03 por un valor nominal de 88.908.32 euros de las que es titular ; con 513 títulos de obligaciones subordinadas E 1/03 por un valor nominal de 15.390 euros de las que es titular y con 4560 títulos de obligaciones subordinadas Caixanova E 1/03 por un valor nominal de 136.800 euros de las que es titular , por vicio del consentimiento.

2. Condeno a Novagalicia Banco S. A. a abonar:

- A la cantidad de 88.908,32 euros.

- A la cantidad de 15.390 euros.

- A , la cantidad de 136.800 euros.

3. Condeno a Novagalicia Banco S. A. a estar y pasar por esta declaración y, en su consecuencia, a que abone a los actores las referidas cantidades de principal junto con los intereses en la forma determinada en el fundamento jurídico quinto.

4. Costas a la parte demandada".

Por tanto, la parte dispositiva de la sentencia no es sino un trasunto fiel y exacto de la concreta pretensión que se deducía en la demanda y, en consecuencia, no resulta posible hablar de incongruencia. Y es que, frente a lo alegado por la parte recurrente, la sentencia no declara la nulidad de la contratación de las obligaciones subordinadas de la emisión 08/03 (porque efectivamente no se dedujo tal solicitud por la actora), ni tenía que declararla, lo que no resulta óbice para que la misma condene a la devolución de determinadas cantidades que, como expone la propia sentencia y se fundamenta en la misma, se corresponden al momento actual con las obligaciones subordinadas denominadas Caixanova E/01-03.

Segundo.- Caducidad.

El suplico del escrito de demanda solicitaba la declaración de "nulidad de los contratos de compra de obligaciones subordinadas Caixanova E/01-03" a que se referían



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

las órdenes de suscripción de fechas 14 de septiembre de 2006, 22 y 23 de marzo de 2007 y 29 de febrero de 2008.

Y en la contestación a la demanda, admitiéndose explícitamente que "lo pretendido de contrario es la nulidad del contrato de compra de las obligaciones subordinadas suscritas por en los años 2006, 2007, y febrero de 2008" y, tomando en consideración las fechas de adquisición de la obligaciones subordinadas, vino a invocar la caducidad de la acción entendiéndose de aplicación el art. 1301 del Código Civil y consumado el contrato de adquisición de las obligaciones en las fechas de adquisición.

En el escrito de recurso la parte demandada ha venido a sustituir su inicial discurso de la contestación a la demanda, introduciendo *ex novo* una distinción y exponiendo que la sentencia confunde la naturaleza jurídica de los valores en sí mismos y de las órdenes de adquisición de los mismos, que señala, contradiciendo su anterior posición, es lo realmente impugnado en la demanda, de modo que adoptando las órdenes de compra la naturaleza jurídica de contratos de mandato, se encontraban totalmente consumados desde la fecha de ejecución de cada una de las órdenes.

Debe recordarse la doctrina jurisprudencial, excluyente de la posibilidad de que las partes planteen cuestiones nuevas con base en afirmaciones diferentes de aquellas de las que se parte en los escritos rectores de la litis, pues ello causaría indefensión a la adversa, en cuanto no pudieron ser redargüidas por ésta (sentencias de 15 abril 1991, 14 octubre 1991, 28 enero 1995 ó 28 noviembre 1995), implicando lo contrario infracción del art. 24 de la Constitución Española al no darse a la contraparte posibilidad de alegar y probar lo que estime conveniente a su derecho (sentencias de 3 abril 1993, que cita las de 5 diciembre 1991, 20 diciembre 1990, 18 junio 1990, 20 noviembre 1990 e igualmente sentencia de 25 febrero 1995), tal y como apuntó igualmente la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 septiembre 1992, que razonó que la introducción de hechos posterior a la fase expositiva del proceso supone una modificación sustancial de los términos del debate procesal que afecta al principio de contradicción y por ende al fundamental derecho de defensa y, en análogo sentido, las sentencias de 7 mayo 1993, 2 julio 1993, 29 noviembre 1993, 11 abril 1994, 19 abril 1994, 22 mayo 1994, 4 junio 1994, 20 septiembre 1994, 6 octubre 1994, 15 marzo 1997, 22 marzo 1997 y 15 febrero 1999, que glosa las de 30 noviembre 1998, 15 junio 1998, 8 junio 1998, 12 mayo 1998 y 11 noviembre 1997, igualmente sentencias de 12 marzo 2001, 15 marzo 2001, 17 mayo 2001, que cita, entre otras, la de 20 enero 2001, resoluciones que recogen el principio de preclusión referido al planteamiento de cuestiones nuevas en casación, pero igualmente aplicables a la apelación. Finalmente la afirmación de que las cuestiones nuevas chocan además contra los principios de audiencia bilateral y congruencia, se recoge, entre otras muchas, en las sentencias de 19 diciembre 1997, 19 junio y 31 octubre 1998, 1 y 31 diciembre 1999, 2 y 9 febrero, 23 mayo y 31 julio 2000. Y tal doctrina ha tenido reflejo normativo en el art. 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: ("en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de instancia..."),



que se relaciona con el art. 412. 1 de la misma norma: establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvenición, las partes no podrán alterarlo posteriormente" y el art. 218. 1 también de la Ley de Enjuiciamiento Civil: el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes. Es decir, el ámbito del recurso no puede superar o ser más amplio que el de las actuaciones que lo motivaron, de suerte que resulta prohibida la posibilidad de formalizar nuevas pretensiones o motivos de oposición por las partes.

Pues bien, resulta evidente que la demanda, como se dijo, solicitaba la declaración de nulidad del negocio jurídico de adquisición de obligaciones subordinadas (y así lo admitió la demandada en la contestación) y no de las órdenes de suscripción, por lo que la caducidad habría de predicarse respecto de aquella. Además y tratándose de cuestión *ex novo* introducida en el recurso está llamada a decaer en observancia de la doctrina normativa y jurisprudencial expuesta, sin necesidad de otras consideraciones.

Por lo demás, aun cuando aceptásemos la tesis sostenida por la parte apelante, en el sentido de que no nos hallamos ante un supuesto de nulidad radical del contrato por error obstativo de la prestación del consentimiento, invalidante de la declaración negocial, sino de mera anulabilidad por hallarse viciado el consentimiento por error, lo cierto es que no podría entenderse caducada la acción ejercitada en la demanda. En tal caso efectivamente sería de aplicación el art. 1301 del Código Civil que señala que la acción de nulidad solo durará cuatro años y que este tiempo empezará a correr en los casos de error, dolo o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato. De modo que la cuestión a decidir sería la determinación del *dies a quo* o inicial del cómputo.

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 junio 2003, señala que: "Dispone el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, dolo o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código. En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que «es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928) y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que «el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr «desde la consumación del contrato». Este momento de la «consumación» no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes, criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice,



«en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó....». Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que «el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo» y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que «la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó». Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1301 del Código Civil". Por tanto, el *dies a quo* del cómputo del plazo del ejercicio de la acción de anulabilidad no comienza desde la suscripción del contrato, pues el art. 1101 del Código Civil habla de consumación y no de perfección, que son conceptos doctrinal y jurisprudencialmente distintos.

En todo caso, ejercitada acción de nulidad por vicios (error) en la prestación del consentimiento, habríamos de aplicar el art. 1969 del Código Civil, a cuyo tenor, el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse, de suerte que el cómputo prescriptivo habrá de iniciarse en el momento en que se llega al conocimiento de la existencia del posible error. Y tal circunstancia deberá vincularse con la noticia de que el resultado económico perseguido y esperado no tiene lugar, surgiendo entonces las dudas sobre el contenido de la operación, lo que en el presente caso y como acertadamente señala la sentencia de instancia, se produce en el año 2011 cuando se deniega al actor la posibilidad de reintegrarse del capital invertido.

Tercero.- Infracción de las reglas de la carga de la prueba.

Denuncia el recurso se ha producido vulneración de las normas del *onus probandi* por cuanto la cumplida prueba de la existencia del vicio del consentimiento recae sobre quien lo alega; la apreciación de los vicios del consentimiento ha de hacerse con carácter restrictivo y excepcional y la exigencia de inexcusabilidad del error.

De conformidad con el principio dispositivo, y su complementario de aportación de parte, que rige en nuestro ordenamiento procesal, corresponde a las partes la carga de proponer los medios de prueba tendentes a la acreditación de los hechos que están en la base de sus respectivas pretensiones. Y es que, como suele exponerse por los tratadistas, resulta evidente que para que la pretensión del actor sea o no estimada, será necesario, no solamente que se



relaten unos hechos como subsumibles en una norma jurídica abstracta, cuyas consecuencias se pretenden de los tribunales, sino que tal relato fáctico sea tenido como cierto por el tribunal para que pueda ser estimada la pretensión. Así el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regula la carga de la prueba, desde dos puntos de vista: determinando los sujetos que están obligados a probar en el proceso civil (*onus probandi* en sentido formal) y precisando cual de los litigantes ha de soportar las consecuencias desfavorables derivadas de la ausencia de demostración de un determinado hecho (carga de la prueba en sentido material). Los apartados 2 y 3 de tal precepto establecen las reglas materiales de la carga en sentido formal: corresponde al actor y demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición e incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior. En tanto que el núm. 1 acoge la regulación del *onus probandi* en su aspecto material. Y tales reglas, vienen a complementarse con el inciso 7 que cierra el precepto con un criterio corrector, previniendo que para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en el litigio.

Con relación al deber de información habrá nuevamente de reiterarse aquí que el Banco ha de explicar claramente al cliente la naturaleza, características y riesgos del instrumento que ofrece; que ese deber de información es tanto más exigible y ha de observarse con mayor rigor cuanto más complejo sea el producto en cuestión y mayor riesgo pueda generar; que la más elemental regla de buena fe contractual (arts. 7 y 1258 del Código Civil) impone ese deber a la entidad bancaria, dada su posición claramente prevalente en esta clase de contratos; y que el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013 dictada a propósito de las llamadas "cláusulas suelo", ha insistido en esos deberes de transparencia e información para el consumidor, a fin de que éste "pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo", destacando, entre otros aspectos, que la transparencia bancaria ha de garantizar que "el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa" y pueda preveer, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste.

Pues bien, como ya se ha dicho en anteriores ocasiones, hallándonos ante la invocación de un error invalidante del



consentimiento, cuyo origen se sitúa en la ausencia de información o insuficiencia de la misma, debe precisarse que, en la sentencia de instancia, no se impone a la parte demandada la carga de la prueba de la ausencia del error, sino el acreditar el cumplimiento de su obligación de información, y es que corresponde a la entidad bancaria acreditar que proporcionó al cliente la información necesaria para prestar un consentimiento informado sobre el producto a contratar, pues la prueba debe ser exigida a la entidad bancaria que legalmente tenía unas obligaciones de información, en atención al tipo de cliente que suscribió el contrato y que, además tiene a su favor la disponibilidad y facilidad probatorias sobre el hecho controvertido, pues se trataría de probar un hecho positivo para ella (e, inversamente, negativo para el cliente), además de hallarse en posesión de los medios de información a los clientes. No es otro el criterio del art. 3. 2 de la Directiva 13/93/UE, de 5 de abril.

De otro lado, y sin desconocer que la apreciación de la existencia de un vicio del consentimiento debe hacerse de modo restrictivo y cauteloso, en función de los principios de seguridad jurídica y *pacta sunt servanda*, no puede olvidarse que tal criterio ha de interpretarse y aplicarse en relación con las singularidades de la contratación bancaria, dada la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y los clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, que es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial (sentencia del Tribunal Supremo de 20 enero 2014).

Cuarto.- Error en la valoración probatoria.

La sentencia de instancia señala que no se ha probado que se haya entregado documentación alguna que explique el producto que se vende ni especifique en que consisten las obligaciones subordinadas. La parte recurrente comienza afirmando que el actor fue debidamente informado de los riesgos y características de las obligaciones subordinadas, lo que vendría probado - se expone - por las manifestaciones del testigo Sr. Rodríguez.

Pues bien, respecto a la información precontractual suministrada, no existe en cuanto a la forma escrita, pues no consta acreditado se hubieren entregado al cliente ni el contrato de compraventa, ni los trípticos de emisión o folleto de especie alguna. De modo que quedaría aquella limitada a unas sedicentes explicaciones que, de manera verbal, habría proporcionado el Sr. Rodríguez, empleado de la entidad "Novagalicia Banco S. A." y asesor financiero de Banca privada. Y la declaración del empleado de la entidad bancaria debe valorarse con ciertas prevenciones, habida cuenta del lógico y explicable interés del mismo en el resultado del litigio y, por tanto la ausencia de imparcialidad, de suerte que ausente toda corroboración documental acerca de la información que afirma haber facilitado al cliente, el mero testimonio del empleado de la entidad bancaria no resulta mínimamente fiable y desde luego es absolutamente insuficiente



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

para dar por acreditado que la entidad bancaria cumplió con su obligación de información previa.

En fin, la conclusión que alcanza la sentencia de instancia en cuanto a que no consta en modo alguno (ni documental ni verbalmente) se haya proporcionado una información al actor sobre el producto que se le ofrecía que cumpliera las exigencias legales, no es sino un trasunto exacto de lo que la litis ofrece en cuanto a actividad probatoria, de suerte que no puede prosperar esa denuncia de error valorativo respecto a la prueba.

Quinto.- Requisitos del error y confirmación contractual.

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 noviembre 2012 expone, en relación con el error invalidante del consentimiento: "Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta (sentencias de 18 de febrero 1985, 29 marzo 1994, 28 septiembre 1996, 21 mayo 1997 o 12 noviembre 2010). Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. 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 (sentencia de 15 de febrero de 1977).

I. 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.

II. Dispone el 1266 del Código Civil 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 (sentencias de 4 de enero de 1982 y 29 marzo 1994), esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato - artículo 1261, ordinal segundo, del Código Civil -. 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.

III. 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.

IV. Como se indicó, 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 (sentencias de 8 de enero de 1962, 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997, entre otras). 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.

V. Se expuso antes que el error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo 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.

VI. Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia (sentencias de 4 de enero de 1982, 28 de septiembre de 1996, 17 de julio de 2000 o 13 de mayo de 2009) exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando 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".

E, incidiendo en igual doctrina, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 julio 2014 señala: "A partir de las anteriores consideraciones relativas al deber de información de la entidad financiera al cliente minorista en la contratación de productos complejos, en la sentencia 40/2013 se fijó, tras analizarse en ella la reiterada doctrina de esta Sala sobre los requisitos del error vicio de consentimiento, la doctrina relativa a la incidencia del incumplimiento de ese deber en la apreciación del error vicio del consentimiento cuando haya un servicio de asesoramiento financiero, doctrina que se reitera en la presente sentencia y que puede resumirse en los siguientes puntos:

1. El incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

2. El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto, en este caso el swap.

3. La información - que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (art. 79 bis 3 LMNV) - es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

4. El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente.

5. En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo; y la omisión del test que debía recoger esa valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento; por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo".

Pues bien, en el caso presente, no se informó al cliente (que la propia entidad calificó de minorista) del objeto y naturaleza del contrato y, por tanto, la clase de inversión que contrataba, ni, desde luego, se hizo advertencia alguna sobre los diversos riesgos del producto complejo, que la sentencia de instancia enumera acertadamente, cuáles los riesgos de subordinación y prelación de los inversores en situaciones concursales, las posibles pérdidas de liquidez, la fluctuación del tipo de interés, el riesgo de mercado, la calidad crediticia de la emisión o el riesgo de crédito. En suma, la ausencia de conocimiento (que la entidad demanda no ha probado se haya obtenido de otro modo) determinante del error, recae sobre la naturaleza y contenido del contrato, sus obligaciones y los riesgos que la contratación implicaba, por lo que, incontestablemente, se cumple el presupuesto a que se refiere el art. 1266 del Código Civil al señalar que para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo.

Y, por lo que atañe a la excusabilidad del error, debe recordarse la citada sentencia del Tribunal Supremo de 7



julio 2014: "El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente".

Finalmente se alega que el comportamiento de los propios contratantes habría confirmado la validez del contrato, citando los arts. 1309, 1311 y 1313 del Código Civil, así como la doctrina de los actos propios.

Pues bien, para que exista una válida confirmación contractual (además, lógicamente, de la expresa) que extinga la acción de nulidad, es preciso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1311 del Código Civil, que con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo.

Y, en relación con la doctrina de los actos propios, como es conocido, significa la vinculación del autor a una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito en el sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia con el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos. En tal sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 9 mayo 2000, recuerda: "Como ha señalado la reciente sentencia de esta Sala de 28 de enero de 2000 «el principio general de derecho que veda ir contra los propios actos ("nemo potest contra proprium actum venire"), como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, cuyo apoyo legal se encuentra en el art. 7. 1 del Código Civil que acoge la exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico, y con base en el que se impone un deber de coherencia en el tráfico sin que sea dable defraudar la confianza que fundadamente se crea en los demás, precisa para su aplicación la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca, del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción, en el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior; y esta doctrina (recogida en numerosas sentencias de la Sala, como las de 27 enero y 24 junio 1996; 16 febrero, 19 mayo y 23 julio 1998; 30 enero, 3 febrero, 30 marzo y 9 julio 1999)". Y, en relación con sus requisitos, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 mayo 2001, expone: "... hay que consignar que es principio general de Derecho, que afirma la inadmisibilidad de venir contra los actos propios, principio que tenía ya constancia en el añejo texto de Las Partidas, y que supone un límite del derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia de la buena fe y de la exigencia de la



observancia de una coherencia en el ámbito del tráfico jurídico y siempre que concurren los presupuestos o requisitos exigidos por la doctrina para su aplicación y que son los siguientes: a) En primer lugar, que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una determinada situación jurídicamente afectante a su autor y b) que exista una incompatibilidad o contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta precedente (sentencias, por citar entre las más recientes, de 18 de enero de 1990, 5 de marzo de 1991, 4 de junio y 30 de diciembre de 1992, 12 y 13 de abril y 20 de mayo de 1993, 17 de diciembre de 1994, 31 de enero, 30 de mayo y 30 de octubre de 1995, 21 de noviembre de 1996, 4 de enero, 13 de julio, 1 de octubre y 16 de noviembre de 1999, 23 de mayo, 25 de julio y 25 de octubre de 2000, 27 de febrero y 16 de abril de 2001)".

En el caso presente la aplicación de tal doctrina y, consecuentemente, la afirmación de una confirmación contractual se vinculaba, en el escrito de contestación a la demanda, con la percepción de intereses, más abandonado tal criterio, se acude ahora, a la recepción de comunicaciones respecto a los términos en que se ejecutaron las órdenes de valores. Pues bien, la simple recepción de comunicaciones relativas a abonos por operación de valores, que respecto a tales valores solamente incluyen una referencia tangencial a la clase de los mismos, en términos manifiestamente oscuros: "Ob. Caixanova E/01-03", no constituyen, en modo alguno, actos concluyentes que impliquen la voluntad inequívoca de renunciar al ejercicio de la acción de nulidad y de confirmar el contrato.

Sexto.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 398. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el artículo 394.

En atención a lo expuesto y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos confiere la Constitución Española.

F A L L A M O S

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D.^a Fátima Portabales Barros, en nombre y representación de la entidad "NCG Banco S. A." contra la sentencia de fecha dieciséis de mayo de dos mil trece, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Vigo, confirmamos la misma, con imposición, a la parte apelante, de las costas procesales del recurso.

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



La presente resolución podrá impugnarse ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, a medio de recurso de casación por interés casacional y/o extraordinario por infracción procesal, que se interpondrán ante esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial, en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de la misma.

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



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

