

Audiencia Provincial

de A Coruña (Sección 4ª) Sentencia num. 66/2016 de 24 febrero

[JUR\2016\57510](#)

Banca. Contratos mercantiles. Proceso Civil. Consumidores y Usuarios. Política comunitaria de protección de los consumidores. Obligaciones y contratos (otras cuestiones).

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación 76/2016

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

A CORUÑA

SENTENCIA: 00066/2016

CORUÑA Nº 8

ROLLO 76/16

SENTENCIA

Nº 66/16

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION CUARTA

CIVIL-MERCANTIL

ILTMOS. SRS. MAGISTRADOS:

JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG

ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ MONTELLS Y FERNÁNDEZ

PABLO GONZÁLEZ CARRERÓ FOJÓN

En A Coruña, a veinticuatro de febrero de dos mil dieciséis.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 004, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000402 /2015, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 8 de A CORUÑA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000076 /2016, en los que aparece como parte demandante-apelante, BANCO PASTOR SA, representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. MARIA ALONSO LOIS, asistido por el Letrado D. ALFONSO CARLOS ESPADA MENDEZ, y como parte demandante-apelada, , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. JOSÉ ANTONIO CASTRO BUGALLO, asistido por el Letrado D. JESUS MARIA RUIZ DE ARRIAGA REMIREZ, sobre NULIDAD DE ADQUISICIÓN DE BONOS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada, dictada por EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 8 DE A CORUÑA de fecha 24-11-15. Su parte dispositiva literalmente dice: "Que debo estimar y estimo la demanda presentada por Y contra entidad BANCO PASTOR, S.A. y debo declarar y declaro la nulidad de las adquisiciones de bonos I/2009 y II/2012, condenando a la demandada al reintegro a los demandantes de la cantidad de 40.000 euros incrementada con los intereses legales desde la adquisición inicial y minorando su resultado con los intereses percibidos por los demandantes cantidad que habrá de determinarse en ejecución de sentencia y debiendo al tiempo los actores proceder a la devolución de los títulos objeto de nulidad, y todo ello, con imposición de costas a la demandada".

SEGUNDO.- Contra la referida resolución por el demandante se interpuso recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial que les fue admitido, elevándose los autos a este Tribunal, pasando los autos a ponencia para resolución.

TERCERO.- Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia apelada, y

PRIMERO

Planteamiento del litigio en la alzada.-

Es objeto del presente litigio, tal y como ha sido planteado en la alzada la demanda que es formulada por los actores D^a y D. contra el BANCO PASTOR S.A., directamente encaminada a la obtención de un pronunciamiento judicial que proclamase la nulidad absoluta por error invalidante en el consentimiento, error obstativo, violación de normas imperativas, o subsidiariamente anulabilidad por error y/o dolo in contrahendo de la orden de suscripción de 40 **bonos subordinados** popular capital necesariamente convertibles I/2009, con nº NUM000 , así como la posterior orden de canje de 40 **bonos subordinados** obligatoriamente convertibles II/2012, con la restitución por el banco del capital invertido 40.000 euros, minorado en la cuantía de los intereses abonados por la mercantil demandada, así como la devolución de los **bonosa** la entidad interpelada, y también subsidiariamente la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones impuestas por la legislación bancaria.

Seguido el juicio en todos sus trámites se dictó sentencia por parte del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de esta ciudad de

A Coruña, que estimó una de las pretensiones subsidiarias de la demanda, decretando la anulabilidad de las adquisiciones de bonos I/2009 y II/2012, por error en el consentimiento esencial y excusable, con los efectos inherentes a tal declaración, con imposición de costas.

Contra el referido pronunciamiento judicial se interpuso por la demandada el presente recurso de apelación, que constituye el objeto del proceso en esta alzada.

SEGUNDO

Sobre la naturaleza del recurso de apelación.-

Antes de analizar los causales de apelación formulados hemos de rechazar el óbice opuesto por los apelados a través del cual se pretende hurtar al tribunal de apelación sus facultades valorativas de la prueba practicadas en primera instancia, señalando que ha de prevalecer la valoración probatoria llevada a efecto por el juez a quo, la cual se ha de respetar salvo en aquellos casos en los que la misma fuese desproporcionada, absurda o se manifieste irracional, con cita de la oportuna jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues mediante tal alegato se está confundiendo, al darle el mismo tratamiento jurídico, a un recurso ordinario como es la apelación con otro extraordinario como la casación, lo que atenta al más elemental orden procesal.

En efecto, el [artículo 456.1](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) dispone que "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 primera instancia, que se revoque un auto o una sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación". El ámbito legítimo de tales facultades revisoras se delimita, en el apartado XIII de la Exposición de Motivos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, destacando que "la apelación se reafirma como plena revisión jurisdiccional de la resolución apelada".

Es necesario señalar, por consiguiente, que la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia no vincula a este Tribunal, que es soberano para valorar la prueba practicada, y, por lo tanto, apreciarla, de forma divergente o coincidente, a la efectuada por el Juez a quo, sin limitación valorativa alguna; y sin que quepa, por consiguiente, confundir las facultades que corresponden a los Tribunales de segunda instancia, con las dimanantes de la resolución de un recurso extraordinario como el de casación.

En este sentido, la STS de 22 de noviembre de 2012 advierte que: "la parte recurrente confunde la doctrina emanada de este Tribunal Supremo para el recurso de casación, pretendiendo ajustarla al recurso de apelación, cuando éste no es un recurso extraordinario sino ordinario que permite una plena "cognitio" de la Audiencia Provincial con competencias plenas en la valoración de la prueba ([STS del 21 de Diciembre del 2009 \(RJ 2010, 298 \)](#) , recurso: 1834/2005)".

Ello es así, dado que la apelación se configura como "revisio prioris instantiae" o revisión de la primera instancia, que atribuye al tribunal de la segunda, el control de lo actuado en la primera, con plenitud de cognición, tanto en lo que afecta a los hechos (quaestio facti), como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (quaestio iuris), y, en este sentido, podemos citar las SSTS de 15 de junio y 15 de diciembre de 2010 , 7 de enero y 14 de junio de 2011 , 15 de febrero , 11 de julio y 2 de noviembre de 2012 o 734/2015 , de 30 de diciembre, entre otras muchas.

En definitiva, como señala la STS de 21 de diciembre de 2009 : "el órgano judicial de apelación se encuentra, respecto de los puntos o cuestiones sometidas a su decisión por las partes, en la misma posición en que se había encontrado el de la primera instancia". Lo que reitera la STS de 13 de septiembre de 2013 , que refiere: "naturaleza del recurso de apelación, que supone un nuevo enjuiciamiento del asunto de modo que, como señala, entre otras, la sentencia de esta Sala núm. 1163/2001, de 7 diciembre , el órgano judicial de segundo grado adquiere plena competencia para enjuiciar el pleito, sin otros límites que el impuesto por el principio prohibitivo de la «reformatio in peius» y los pronunciamientos que las partes hubieran consentido, con cita de las SSTS de 19-11-1991 , 13-5-1992 , 4-6-1993 , 25-3-1994 , 14-3-1995 , 11-3-2000 y 18 de octubre de 2011. Rec. 1429 de 2008)".

O dicho en palabras de la reciente [STS 746/2015, de 22 de diciembre \(RJ 2015, 5567 \)](#) : "En nuestro sistema procesal el juicio de segunda instancia es pleno y en él la comprobación que la Audiencia Provincial hace para verificar el acierto o desacierto de lo decidido por el Juez de Primera Instancia es una comprobación del resultado alcanzado, en la que no están limitados los poderes del tribunal revisor en relación con los del Juez de Primera Instancia".

En este mismo sentido, se expresa, como no podía ser de otra forma, la [sentencia del Tribunal Constitucional nº 212/2000, de 18 septiembre \(RTC 2000, 212 \)](#) , cuando afirma lo siguiente: "Este Tribunal ya ha tenido ocasión de señalar que, en nuestro sistema procesal, la segunda instancia se configura, con algunas salvedades en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos, como una "revisio prioris instantiae", en la que el Tribunal Superior u órgano 'ad quem' tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (quaestio facti) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (quaestio iuris), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la 'reformatio in peius', y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación ("tantum devolutum quantum appellatum")...».

Pues bien, aclarada la naturaleza jurídica del recurso de apelación, ya estamos en condiciones de abordar el objeto del recurso, entrando a analizar, sin limitación alguna, toda la actividad desplegada en la instancia.

TERCERO

Error en la valoración de la prueba.-

Bajo este apartado analizaremos distintos argumentos del recurso de apelación, a través de los cuales se pretende demostrar que los actores obraron con plena conciencia de la naturaleza, contenido y riesgos de los productos financieros complejos adquiridos.

Para ello se utilizan distintos fundamentos, tales como que el perfil de la parte actora es de un avezado empresario, socio de la ferretería más importante de Padrón, RIPERFER S.L., con un conocimiento amplio de los productos bancarios, acostumbrado a suscribir diferentes modalidades de los mismos, siendo los propios demandantes quienes pidieron información al Banco para invertir una importante suma de dinero, que habían ahorrado, de 40.000 euros, aun cuando ello supusiere asumir "algunos riesgos", que, en cualquier caso, fueron debidamente explicados, con total claridad, por los empleados de la demandada, sin que, en modo alguno, les hablaran de depósitos bancarios, sino que siempre se les explicó se trataba de productos de naturaleza totalmente distinta, es decir de **bonos subordinados** convertibles en acciones del Banco Popular.

Se señala, igualmente, que se llevó a efecto el correspondiente test de conveniencia, resultando un perfil no adecuado, pese a lo cual fueron los actores quienes decidieron seguir adelante con la contratación.

Por otro lado, se sigue argumentando, que además de la oportuna información verbal se les entregó el resumen explicativo/tríptico, que firmaron los apelados, y en el que se reproducen las características de los referidos productos y sus riesgos, con lo que el argumento de la actora de la falta de entrega de la información deviene inasumible. Por otra parte, leída tal información escrita se entiende perfectamente. Y que ello es predicable tanto en la adquisición de bonos de las emisiones I/2009 como II/2012.

Se indica que la testifical de los empleados del banco demuestra que los actores fueron debidamente informados.

Se adiciona, bajo la alegación de la doctrina de los actos propios, que los demandantes además conocían el producto litigioso, al haber suscrito en 2011 una emisión de obligaciones subordinadas.

Procederemos a contestar a tales argumentos.

CUARTO**Valoración del Tribunal sobre el supuesto error valorativo de la prueba.-**

En este apartado analizaremos los argumentos impugnativos derivados del error "in iudicando" en la fijación de los hechos procesales.

4.1 Sobre el perfil de los actores.-

En primer lugar, sobre el perfil del demandante, que no de la demandada, nos encontramos ante un empresario, que no consta tenga estudios superiores -se sostiene sólo primarios- y que se dedica a la explotación de un negocio de ferretería del que es socio, de lo cual en modo alguno cabe deducir que se trate de una persona con especiales conocimientos económicos y financieros, que le permitan comprender el producto adquirido, sin completas y suficientes explicaciones adicionales por parte de la entidad demandada o que tenga experiencia inversora constatada en el conocimiento del producto comercializado.

Es más, tal argumento entra en contradicción con la propia aseveración del Banco y documentación aportada por dicha entidad, conforme a la cual, tras señalar que les practicó a los actores el correspondiente test de conveniencia, cuyo resultado no se aportó al procedimiento, se hace constar, por escrito y con la firma de los demandantes, que la entidad recurrente "estima que el producto o servicio pudiera no ser adecuado al nivel de conocimientos y experiencia declarado" (f 173 y 174, 574 y 590), con lo que no se entiende como cabe considerar al demandante como un experto inversor de riesgo, cuando expresamente, en su propia documentación, el Banco le niega tal condición.

Por otra parte, ha declarado la jurisprudencia que no bastan los conocimientos usuales del mundo de la empresa o incluso de quien tiene estudios de ciencias empresariales o económicas, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable ([SSTS 549/2015, de 22 de octubre \(RJ 2015, 5600 \)](#) , 633/2015, de 19 de noviembre , [651/2015, de 20 de noviembre \(RJ 2015, 5629 \)](#) y 26 y 27/2016, de 4 de febrero) - casos referentes a swap, pero cuya doctrina es perfectamente extrapolable a los productos litigiosos, no habituales y, por lo tanto, poco conocidos en el mercado, complejos y de elevado riesgo-.

De nuevo se insiste en tal doctrina en la reciente STS 60/2016, de 12 de febrero , en la que se afirma: "No cualquier capacitación profesional, relacionada con el Derecho y la Empresa, ni tampoco la actividad financiera ordinaria de una compañía, permiten presumir está capacidad de tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente los riesgos".

4.2 Sobre la documentación relativa a las condiciones y riesgos de los bonos contratados.-

En cuanto a la naturaleza de los productos adquiridos por los actores no se cuestiona, en el recurso, que son complejos y de alto riesgo, con lo que exigen, dada la asimetría convencional con la que se contratan, una especial diligencia en la obligación de informar por parte de la entidad demandada, que no queda cubierta con la simple entrega de un resumen o tríptico, con las características y riesgos típicos de los bonos vendidos, máxime cuando, como veremos, su entrega fue más formal que efectiva, en tanto en cuanto fueron facilitados sin tiempo material para su conocimiento, reflexión y estudio.

En efecto, como resulta de la propia documentación aportada por la parte demandada, la referida información escrita sobre características y riesgos del producto se entregó a los actores, al llevarse a efecto la suscripción de los bono convertibles litigiosos, sin el tiempo material mínimo que requiere su estudio y análisis, ya de por sí, en contra de lo sostenido por la recurrente, difícil y complejo, lleno de tecnicismos, abreviaturas y remisiones.

En efecto, la orden de suscripción de **bonos** de 9 de mayo de 2012 se lleva a efecto a las 10.58 horas (f 562), sin embargo afirman los actores haber sido informados sobre la naturaleza y riesgos asociados al producto a las 10.59 horas de dicho día, es decir un minuto después, y aparece la

recepción del resumen explicativo de condiciones de la emisión de **bonos subordinados** obligatoriamente convertibles II/2012 BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., el mismo día 9 de mayo de 2012, con firmas y fecha (f 595). Lo mismo sucede con la emisión I/2009, orden de adquisición de 2 de octubre de 2009 a las 10.15 horas (f 561), reconocimiento de haber recibido información y decidido contratar, pese a producto no adecuado, a las 10.16 horas (f 574), y recepción resumen explicativo condiciones, suscrito con las firmas de los actores, de octubre de 2009, con indicación de día confuso al hallarse rectificado (f 580).

Y este dato es de especial valor, pues como ha declarado la jurisprudencia comunitaria, por ejemplo, sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13, en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, las obligaciones en materia de información impuestas por la normativa con carácter precontractual, no pueden ser cumplidas debidamente en el momento de la conclusión del contrato, sino que deben serlo en tiempo oportuno, mediante la comunicación al consumidor, antes de la firma de ese contrato, de las explicaciones exigidas por la normativa aplicable. Con cita de tal resolución, y aplicación de la mentada doctrina, la [STS 769/2014, de 12 de enero de 2015 \(RJ 2015, 608 \)](#).

Incide de nuevo en la necesidad de que la información facilitada deba hacerse "con suficiente antelación para que la información pueda ser examinada con el necesario detalle y comprendida", la STS 26/2016, de 4 de febrero.

Por otro lado, no cabe que la entidad demandada se ampare en la entrega de la precitada documentación sobre características y riesgos, cuando, como ha declarado también nuestro más Alto Tribunal, en las sentencias 244/2013, de 18 de abril, 769/2014, de 12 de enero de 2015 y 27/2016, de 4 de febrero, entre otras, "la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores a las entidades financieras es una obligación activa, no de mera disponibilidad. . . La parte obligada a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir la información correcta debió haberse asesorado por un tercero y que al no hacerlo, no observó la necesaria diligencia".

Es por ello que poco importa que el actor cuente con asesores legales, argumento utilizado en el recurso de apelación para intentar imputar al actor la existencia del error alegado, máxime cuando ni tan siquiera se ha demostrado que intervinieran en las presentes operaciones financieras, ni la suscripción del producto adquirido exige que los clientes bancarios vayan acompañados de profesionales expertos que los asesoren para liberar al Banco de sus legales obligaciones de información.

4.3 Sobre el valor de las manifestaciones de haber recibido información comprensible y suficiente.-

Con respecto a las manifestaciones de tal clase extendidas en la propia documentación elaborada por el Banco, como la obrante en el folio 589, en la que los actores señalan que les ha sido entregado un ejemplar completo de la información relativa la naturaleza de los **bonos subordinados** y sus riesgos inherentes, así como que la misma les resulta comprensible y suficiente para adaptar una decisión de inversión consciente y fundada, ha proclamado la jurisprudencia la ineficacia de las menciones predisuestas que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predisuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos ([SSTS 244/2013, de 18 abril \(RJ 2013, 3387 \)](#), 769/2014, de 12 de enero de 2015, [222/2015, de 29 de abril \(RJ 2015, 2042 \)](#), [265/2015, de 22 de abril \(RJ 2015, 1360 \)](#), 651/2015, de 20 de noviembre, entre otras).

En este sentido, se expresa igualmente la STS 26/2016, de 4 de febrero, cuando sostiene que: "La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predisuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara disponer de la información necesaria, tener experiencia y entender el riesgo".

4.4 Sobre el significado de la suscripción de las obligaciones subordinadas del 19 de julio

de 2011.-

El razonamiento relativo, bajo la impropia alegación de los actos propios, que más bien se emplea, no en su significación jurídica de actuar contrario a los postulados de la buena fe del [art. 7 del CC \(LEG 1889, 27 \)](#) , sino como elemento de convicción sobre el conocimiento por los actores de los riesgos de los **bonos** suscritos, por la circunstancia de haber adquirido, el 19 de julio de 2011, obligaciones **subordinadas**, se descarta, por sí sola, con la cita de la STS de 10 de septiembre de 2014 , que señala que, para ello, sería preciso, teniendo en cuenta el perfil de los demandantes, "justificar suficientemente que en las ocasiones anteriores se les informó adecuadamente de la naturaleza y los riesgos del producto para que, al contratarlo de nuevo, no hubiera existido error, por tener ya un conocimiento adecuado".

Y tal justificación no se ha producido en este caso, amén de la distinta naturaleza de los productos financieros adquiridos por los actores. Es más, al comienzo del acto del juicio, se alegó como hecho nuevo por la parte actora, que fue reconocido por la entidad demandada, que, con fecha 12 de junio de 2015, se procedió a devolver al actor la suma de 31.815,62 euros, por la suscripción de obligaciones subordinadas, con lo que tal argumento deviene igualmente inconsistente.

Por otra parte, no podríamos considerar violada la doctrina de los actos propios. En efecto, la STS de 5 de septiembre de 2012 nos enseña cuáles son los requisitos para la aplicación de la clásica regla "venire contra factum proprium non valet" (no se puede actuar contra los propios actos), a saber: 1) una conducta jurídicamente relevante previa y consciente de sus consecuencias; 2) que tal conducta tenga una significación inequívoca e incompatible con la posterior; y 3) que las expectativas defraudadas por la actuación posterior sean razonables (entre otras muchas, sentencias 292/2011, de 2 de mayo , 691/2011, de 18 de octubre y 285/2012 de 8 mayo).

Esta doctrina no es de aplicación «en los supuestos en que hay error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia" (STS de 31 de Enero de 1995). En igual sentido, las SSTS de 25 de Octubre de 2000 , 12 de Febrero de 1999 y 4 de Junio de 1992 . E insistiendo en tal doctrina, las recientes SSTS de 21 de junio de 2011 y 760/2013 , de 3 de diciembre, señalan que no procede tal alegación, cuando "los actos están viciados por error o conocimiento equivocado (SSTS 8 de mayo de 2006 y 21 de enero de 1995)".

4.5. Sobre el supuesto error valorativo derivado de la testifical practicada.-

Tampoco podemos aceptar el argumento de que el examen de la testifical practicada, en el acto del juicio, evidencie que la sentencia apelada incurre en error en la valoración de la prueba. Y ello en función de las consideraciones siguientes.

Las pruebas, cuyo destinatario natural es el Juez, no sólo han de ser valoradas individualmente, sino en su interrelación con los otros elementos de prueba practicados, en una apreciación que ha de ser necesariamente conjunta. A esta necesidad de valoración de la prueba en su integridad se refiere la sentencia de Sala Primera del Tribunal Supremo de 16 de enero de 1999 , cuando indica que: "la prueba requiere una valoración conjunta de todos los medios empleados".

Como no podía ser de otra forma, el [art. 218.2 de la LEC \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) exige esa apreciación conjunta, al imponer al Juez que la motivación de la sentencia "deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y la razón".

En definitiva, las pruebas practicadas, en este caso testificales y documentales, han de ser apreciadas en su conjunto, y no de forma aislada o parcial, aplicando postulados derivados de la lógica y la razón, apoyados en máximas de experiencia, sin contener conclusiones absurdas, irracionales, ilógicas o apartadas del resultado de la práctica de las referidas pruebas.

Lo que no cabe es valorarlas, aisladamente, de manera divisible e interesada, forma de proceder inválida para fundar un exitoso recurso, que estime el mentado causal de apelación; por lo que no podemos considerar equivocada la apreciación del error vicio de la voluntad y la vulneración del deber contractual de información de la demandada, según iremos razonando a lo largo de la fundamentación de esta sentencia.

En efecto, de la documental antes analizada, hemos de concluir que no se entregó a los actores el resumen y tríptico de las emisiones de los bonos, con indicación de sus características y riesgos, con la antelación mínima suficiente para tomar constancia de los mismos, con lo que las afirmaciones en tal sentido de la apelante y testigos no son de recibo.

Por otra parte, la testifical, conforme resulta del [art. 376](#) de la LEC , se valorará conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que los testigos hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurran, y, en su caso, las tachas formuladas y sus resultados; por lo que la circunstancia de que el Sr. Eiras sea empleado de la actora es un elemento a ponderar, sin que por ello se incurra en infracción procesal alguna. Igualmente es preciso tener en cuenta que su declaración sobre la suscripción de los bonos contratados, con relación a hechos acaecidos hace seis años y habituales en la práctica cotidiana de una sucursal bancaria, difícilmente puede ser precisa, cuando no está avalada con documentación adicional que refresque razonablemente la memoria. Máxime si tenemos en cuenta que el otro testigo, que intervino en la negociación, más próxima en el tiempo cual es la suscripción II/2012, no fue capaz de explicar cuáles eran las características de los bonos, las diferencias entre ellos, declarando que no recordaba haber informado sobre sus riesgos típicos. Es obvio, en la tesitura expuesta, que no podemos adherirnos sin más a la declaración vertida por el Sr. Eiras, actualmente director de una sucursal de la demandada en Cambados, sin desprendernos de los condicionantes expuestos, por lo que, de su testimonio, no cabe deducir el error valorativo denunciado, prescindiendo del resto de la actividad probatoria desplegada en el proceso y del análisis crítico de sus manifestaciones.

QUINTO

Infracción de los [arts. 1265 y 1266](#) del [CC \(LEG 1889, 27 \)](#) , al no concurrir los requisitos para que pueda operar el error invalidante alegado.-

La sentencia recurrida proclama la nulidad relativa o anulabilidad del contrato por la concurrencia del error como vicio del consentimiento. Antes de entrar a analizar la "ratio decidendi" de la sentencia dictada por el juez a quo, es necesario realizar una serie de consideraciones previas sobre cuya base procede la resolución de este causal de apelación.

5.1 El error como vicio del consentimiento.-

Concorre el error vicio del consentimiento, cuando la voluntad del contratante se ha formado a partir de una creencia inexacta - SSTS 114/1985, de 18 de febrero , [295/1994, de 29 de marzo \(RJ 1994, 2304 \)](#) , [756/1996, de 28 de septiembre \(RJ 1996, 6820 \)](#) , [434/1997, de 21 de mayo \(RJ 1997, 4235 \)](#) , [695/2010, de 12 de noviembre \(RJ 2010, 7587 \)](#) , [683/2012, de 21 de noviembre \(RJ 2012, 11052 \)](#) entre otras muchas-. Es decir, cuando la representación mental que hubiera servido de presupuesto para la celebración del contrato fue equivocada o errónea.

Igualmente para que quepa hablar de error jurídicamente relevante es necesario que la representación equivocada merezca la consideración de tal. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura, no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias (SSTS de 29 de octubre de 2013 y 769/2014, de 12 de enero de 2015 entre otras).

En definitiva, como han señalado las más recientes [SSTS de 840/2013, de 20 de enero de 2014 \(RJ 2014, 781 \)](#) , del Pleno, cuya doctrina se reitera en la 769/2014, de 12 de enero de 2015 , con cita de otras anteriores, hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

5.2 Los requisitos del error.-

La existencia del error está condicionada a la concurrencia de una serie de requisitos que le otorgan eficacia jurídica anulatoria, cuya finalidad no es otra que garantizar la estabilidad de los contratos ("pacta sunt servanda"), al tiempo de dar protección a la contraparte que confió de buena fe

en la validez del contrato suscrito (principio de confianza). En definitiva, la seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos - STS de 15 de febrero de 1977 -.

Dispone el [artículo 1266](#) del Código Civil que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo. Ha de tratarse pues de un error esencial y excusable, de modo tal que, cuando concurren tales requisitos, pueda realizarse una legítima transferencia del error de la persona que lo sufre a la otra parte contratante, provocando su anulabilidad y restitución ordenada de prestaciones.

5.3 El error sustancial o esencial.-

El error es sustancial cuando "la cosa carezca de algunas condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste" (SSTS 17 de julio de 2006 , 695/2010, de 12 de noviembre , 683/2012, de 21 de noviembre de 2012 y [6 de junio de 2013 \(RJ 2013, 4972 \)](#) en recurso 2039/2010 entre otras).

También cabe enfocar tal requisito desde una perspectiva causal, en el sentido de que el error padecido fue decisivo a la hora de comprometerse contractualmente. Y así la STS de 29 de octubre de 2013 , proclama que el error debe "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", en el mismo sentido SSTS 215/2013, de 8 abril y [769/2014, de 12 de enero de 2015 \(RJ 2015, 608 \)](#) .

5.4 La excusabilidad del error: su imputabilidad y apreciación ponderada con el deber precontractual de información.-

El otro requisito es el de la excusabilidad del error. Pese a que no se menciona expresamente en el mentado [art. 1266](#) del CC , cabe deducirlo, como hace doctrina y jurisprudencia, de los llamados principios de autorresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado los [arts. 7 y 1258](#) del CC .

La inexcusabilidad del error habrá de ser apreciada ponderando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso sometido a consideración judicial. En definitiva, la función de este requisito radica en impedir que el ordenamiento proteja a quien alega un error que le resulta imputable por su falta de diligencia exigible, perjudicando a la contraparte, que debe ser prioritariamente amparada, por la confianza infundida por la declaración contractual efectuada.

En este sentido, reiterada jurisprudencia exige que el error sea excusable; es decir, que no se pueda atribuir a negligencia de la parte que lo alega; o dicho de otro modo, que no pueda ser superado mediante el comportamiento civiliter de emplear una diligencia media en atención a las circunstancias de la persona y lugar (SSTS de 14 y 18 febrero 1994 , 6 noviembre 1996 , 30 septiembre 1999 , 12 de julio de 2002 , 24 enero 2003 , 12 de noviembre de 2004 y más recientemente 4 de octubre de 2012 entre otras).

En la apreciación de tal requisito hoy en día alcanzan especial valor los denominados deberes precontractuales de información, de clara finalidad tuitiva o protectora, a los efectos de facilitar el conocimiento real de lo que efectivamente se está contratando, y posibilitar de esta manera la formación de un consentimiento válido sobre el que construir el carácter vinculante de los contratos.

La [STS 384/2014, de 7 de julio \(RJ 2014, 3541 \)](#) , proclama que: "Según se declaró en la STS nº 840/2013 , la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y los clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, 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, a la que ya se había referido esta Sala en la STS nº 244/2013, también del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso nº 1979/2011 ..." y sigue razonando: "Conforme a esta línea jurisprudencial, el cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación

especulativa, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el [artículo 7 CC](#) , y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias ([art. 79 bis LMV \(RCL 1988, 1644 ; RCL 1989, 1149 y 1781 \)](#) , apartados 2 y 3 ; [art. 64 RD 217/2008 \(RCL 2008, 407 \)](#))".

La naturaleza de determinados negocios jurídicos, máxime cuando se trata de productos financieros complejos y de riesgo, como son los bonos convertibles litigiosos, exige que el cliente bancario disponga de una información relevante y completa para formar una voluntad convencional consciente y libre. Estos deberes de información, ya sean legales o provenientes de la buena fe objetiva, tienen, como no puede ser de otra forma, una influencia decisiva a la hora de apreciar la imputabilidad del error (confianza provocada).

En consecuencia, la excusabilidad del error habrá de ser apreciada, ponderando la posición prevalente de quien cuenta con la información oportuna para ofertar tales productos contractuales en el tráfico jurídico, con respecto a quien carece de dichos conocimientos, ocupando una posición debilitada, que le hace acreedor a una indiscutible protección jurídica, que le garantice un real y equitativo equilibrio contractual; máxime cuando tales situaciones se desenvuelven en una atmosfera de confianza, depositada en quien se encuentra -como son las entidades financieras- legalmente obligadas a actuar, con objetividad y transparencia, no ofertando productos de elevado riesgo y complejidad, que sean inadecuados al perfil del consumidor contratante.

Ello implica que la diligencia contractual exigible a las entidades bancarias consista en ser especialmente celosas en sus deberes de información y leales gestoras de los intereses ajenos, cerciorándose de que el consumidor quiere de forma consciente transmutar la finalidad de sus ahorros en productos financieros, susceptibles de generarles una rentabilidad mayor, pero también con el riesgo de la pérdida total o más que significativa del capital destinado a su adquisición.

Es precisamente en situaciones como las expuestas en las cuales, tanto el Legislador comunitario como el nacional, en atención a principios de transparencia en el mercado y protección de la parte más débil, les interesa que los contratantes alcancen especial conocimiento de las obligaciones y riesgos que asumen, pretendiendo equilibrar situaciones de verdadera asimetría convencional.

En el contexto expuesto, la determinación de la excusabilidad del error se encuentra anudada al comportamiento contractual de la contraparte, lo que puede dar lugar a estas tres situaciones, en las que cabe calificar dicho vicio de consentimiento como disculpable, y, por lo tanto, no imputable a quien lo padeció:

Primera, cuando el error es provocado por hecho propio del otro contratante o por la concurrencia de dolo por su parte;

Segundo, cuando quien no actuó con tal vicio del consentimiento conocía o pudo fácilmente conocer que el otro contratante actuaba equivocadamente, en cuyo caso el comportamiento civiliter exigía rescatarle de la situación en que se encontraba, conforme a elementales deberes de buena fe ([art. 1258](#) del CC);

O tercero, cuando estaba legalmente obligada a suministrarle determinada información y no lo hace o se la presta de forma inadecuada, al margen de las exigencias requeridas, provocando con ello el error en la otra parte contratante.

En efecto, para medir la excusabilidad del error el Tribunal Supremo no se fija únicamente en el contratante que lo sufrió, sino también en el comportamiento de la contraparte. En este sentido, la STS de 4 de enero de 1982 , cuya doctrina es seguida por la de 22 de mayo de 2006 , señala "valorando las respectivas conductas según el principio de la buena fe (art. 1258) pues si el adquirente tiene el deber de informarse, el mismo principio de responsabilidad negocial le impone al enajenante el deber de informar"; por eso la STS de 14 de febrero de 1994 exige tener en cuenta "la condición de las personas, no sólo del que lo invoca, sino de la otra parte contratante, cuando el

error pueda ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o la conducta de ésta".

Se alude, en estos casos, a un deber de advertir a cargo de la entidad demandada, que está tipificado en la legislación tuitiva del cliente bancario.

La STS de 26 de septiembre de 1996 aprecia el error inducido por la conducta del otro contratante "que no es necesario que sea constitutiva de dolo o culpa para que sea tenida en cuenta a estos efectos".

En otras ocasiones se reputó excusable el error cuando quien lo padece no es un profesional experto (SSTS de 4 de enero de 1982 , 14 y 18 de febrero de 1994 , 1 de julio de 1995 entre otras), máxime dada la complejidad de los contratos que nos ocupan.

En este sentido, la STS 769/2014, de 12 de enero de 2015 , precisa que la diligencia exigible, para valorar la excusabilidad del error, se aprecia "teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa".

Se aprecia, en definitiva, error excusable en casos en los que existe una gran asimetría en el conocimiento de los hechos por una y otra parte, o cuando se ha inducido de alguna forma a error a quien impugna el contrato (SSTS de 14 de junio de 1943 , 26 de octubre de 1981 , 23 de noviembre de 1989 , 14 de febrero de 1993 , 14 de febrero de 1994 , 18 de febrero de 1994 , 28 de septiembre de 1996 y 6 de febrero de 1998).

Más recientemente, la STS nº 840/2013, de 20 de enero de 2014, del Pleno de la Sala 1ª señala que "ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto".

Por su parte, la STS de 29 de octubre de 2013 , admite que un defecto de información puede causar error en la formación de la voluntad de quien la necesitaba, derivado de que "el genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran (...) los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar» (SSTS 840/2013, de 20 de enero de 2014 , [458/2014, de 8 de septiembre \(RJ 2014, 4946 \)](#) y 60/2016, de 12 de febrero).

La precitada sentencia del Pleno de la Sala 1ª de 20 de enero de 2014 , señala 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".

Es decir, que el propio Tribunal Supremo, en una sentencia del Pleno, nos está diciendo que una información inadecuada permite a un minorista incurrir en un error esencial y excusable. Y más recientemente, las SSTS 384/2014, de 7 de julio , y 53/2016, de 11 de febrero refrendan tal doctrina.

En el presente caso, el error se aprecia, en la medida en que no ha quedado probado que el cliente, que no es inversor profesional, recibiera esta información clara y completa sobre los

concretos riesgos, que es carga de la prueba de la entidad demandada (STS 53/2016, de 11 de febrero) .

5.5 Valoración del Tribunal en atención a las circunstancias concurrentes.-

Cuando se concertaron los contratos litigiosos cuya nulidad se solicita, las "normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes" del art. 19 de la Directiva MiFID ya habían sido traspuestas al Derecho interno por la [Ley 47/2007, de 19 de diciembre \(RCL 2007, 2302 \)](#) , que introdujo el contenido de los arts. 78 y siguientes LMV. También había entrado en vigor el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero (en lo sucesivo, RD 217/2008), sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación.

El [art. 79 bis](#) LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, «de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión», que «deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias» (apartado 3).

El [art. 64](#) RD 217/2008 regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe «proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional». Y aclara que esta descripción debe «incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas».

En su apartado 2, concreta que «en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

» a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.

» b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.

» c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.

» d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento».

Además, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad.

Establece el apartado 7 del [art. 79 bis](#) LMV que la entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada.

Conforme al art. 79 bis. 6 LMV, el test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del

cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

Para ello, especifica el [art. 72 RD 217/2008](#) que las entidades financieras «deberán obtener de sus clientes (...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes condiciones:

» a) Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.

» b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...).

» c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción (...).

Cabría cuestionarse si en un supuesto como el presente era necesario practicar el test de idoneidad, a lo que hay que contestar positivamente, como se explica en la [STS 688/2015, de 15 de diciembre \(RJ 2016, 73 \)](#), con cita de la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), en la que se señala que "la cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el [art. 52 Directiva 2006/73 \(LCEur 2006, 1963 \)](#), que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del [art. 4.4 Directiva 2004/39/CE \(LCEur 2004, 1848 y LCEur 2005, 289 \)](#).

Este art. 4.4 define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como «la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros». Y el [art. 52 Directiva 2006/73/CE](#) aclara que «se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...), que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

Pues bien, en este caso, es el director del Banco quien ofertó y recomendó a los actores, como conveniente para sus intereses, el nuevo producto que comercializaba, es decir los bono litigiosos, ya que contaban con una nada desdeñable cantidad de dinero 40.000 euros de la que pretendían obtener rentabilidad, como así lo reconoció el Sr. Eiras en su declaración en el acto del juicio, por lo que era preciso la elaboración de un test de idoneidad, no practicado, al menos no se indicó se llevara a efecto, ni se aportó a los autos.

Para discernir si un servicio constituye o no un asesoramiento en materia financiera, aplican igualmente la doctrina expuesta. las [SSTS 385/2014, de 7 de julio \(RJ 2014, 4313 \)](#) y [387/2014, de 8 de julio \(RJ 2014, 4315 \)](#).

En definitiva, apreciamos que no se dio a los actores la información adecuada con las precitadas exigencias legales, no se les advirtió de forma debida sobre los riesgos reales de los productos adquiridos, la documentación facilitada lo fue sin el tiempo mínimo suficiente para su estudio y reflexión, no se practicó test de idoneidad o al menos no fue aportado al proceso, y la declaración de un empleado del banco, antes analizada, no es suficiente para el acreditamiento de que la misma fue facilitada a los actores y que además era la adecuada para su perfil, remitiéndonos para ello a todo el contenido argumental expuestos.

Por todo ello, como sostienen las SSTS 53/2016 y 840/2013, de 20 de enero de 2014, «la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente en 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».

SEXTO

Sobre la supuesta extinción de la acción de nulidad por confirmación.-

Tampoco podemos aceptar este causal de apelación. La confirmación expresa o tácita debe realizarse después de que hubiera cesado la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta ([STS 689/2015, de 16 de diciembre \(RJ 2015, 5570 \)](#)), lo que no ocurre en este caso.

Según explican las [SSTS 769/2014, de 12 de enero de 2015 \(RJ 2015, 608 \)](#) y [535/2015, de 15 de octubre \(RJ 2015, 5030 \)](#) : «la confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración». Ahora bien en este caso no concurre el requisito del conocimiento y cese de la causa de nulidad que exige el [art. 1311 del Código Civil \(LEG 1889, 27 \)](#) .

SÉPTIMO

Sobre la imposición de las costas procesales.-

De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892 \)](#) , las costas del recurso de apelación deben ser impuestas a la recurrente.

También procede acordar la pérdida del depósito constituido de conformidad con la [disposición adicional 15ª, apartado 9](#) , de la [Ley Orgánica del Poder Judicial \(RCL 1985, 1578 y 2635 \)](#) , introducida por la [Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre \(RCL 2009, 2089 \)](#) , complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

FALLAMOS

Con desestimación del recurso de apelación interpuesto, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de A Coruña, con imposición de las costas procesales de ambas instancias a la parte demandada.

Se decreta la pérdida del depósito constituido.

Contra esta resolución cabe recurso de casación a interponer en el plazo de 20 días, ante este mismo Tribunal, por interés casacional y, en tal caso, recurso extraordinario por infracción procesal, cuyo conocimiento corresponde a la Sala 1ª del Tribunal Supremo

Y al Juzgado de procedencia, líbrese la certificación correspondiente con devolución de los autos que remitió.

Así por esta sentencia de la que se llevará certificación al rollo de apelación civil, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior resolución por los Ilmos. Srs. Magistrados que la firman y leída en el mismo día de su fecha, de lo que yo Secretario doy fe.