

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ063107

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZAMORA

Sentencia 255/2017, de 13 de noviembre de 2017

Sección 1.^a

Rec. n.º 180/2017

SUMARIO:**Contratos bancarios. Participaciones preferentes. Adquisición por herencia. Nulidad por error en el consentimiento. Información deficiente. Legitimación ad procesum. Plazo de caducidad: dies a quo.**

Se interpone recurso de apelación por la entidad bancaria demandada, contra la sentencia que declara la nulidad del contrato de participaciones preferentes suscrito por el causante de la actora y la demandada, acordando la restitución de las prestaciones. Alude la recurrente falta de legitimación *ad procesum* al considerar que no ha acreditado, tras el fallecimiento de su tío, la adquisición de la propiedad de las acciones de la entidad suscritas con motivo de las participaciones preferentes, ni tampoco en la aceptación y reparto de la herencia del mismo. La sala no acoge este motivo ya que se aporta con la demanda el testamento del causante en el que instituye a la actora como heredera universal y las comunicaciones de la entidad han sido con la actora como heredera teniéndola por ello como tal. Además, en la solicitud de admisión al proceso de arbitraje de consumo presentado por la actora se alude claramente a otra documentación en relación con la cuestión, dándola por buena sin hacer en ese momento objeción alguna, con lo que ello supone, y admitieron a la actora como parte interesada en el producto en su día contratado por su tío. En consecuencia, la actora está debidamente legitimada. En cuanto al *dies a quo* para el cómputo del plazo de caducidad de cuatro años, comenzará a computarse cuando se haya producido el completo cumplimiento de las obligaciones que constituyen el objeto del contrato. El inicio del plazo ha de coincidir con el hecho de que se produzca un evento que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error. En este caso, según especifica la apelada tuvo conocimiento y conciencia del consentimiento viciado de su tío y de la realidad del producto que había suscrito, cuando fueron transformadas las participaciones preferentes por las acciones de Bankia en mayo de 2013. En consecuencia, no puede entenderse caducada la acción ejercitada por la actora. Por consiguiente, si los propios términos y cláusulas del contrato, no aparecen expresados con la suficiente claridad para comprender su objeto, funcionamiento, ventajas y riesgos, y si no puede afirmarse que por parte del empleado de la demandada se ofreciera al causante de la actora una completa información sobre tales extremos, en modo alguno cabe tener por cumplida la obligación expresa de información sobre el producto que incumbe al banco, máxime teniendo en cuenta que tal falta no puede verse frenada por el hecho de que en el contrato se contengan referencias a la posibilidad de pérdidas, incluso sustanciales, pues la información ha de ser previa y adecuada al perfil minorista del cliente. Cosa que en el caso no ocurrió. Si el causante de la actora hubiere llegado a conocer, o se le hubiera explicado con detalle y exactitud, el producto que le ofrecieron, no lo hubiera adquirido, por lo que de no haber actuado así, éste incurrió en un error determinante de la nulidad contractual.

PRECEPTOS:

Código Civil, arts. 7, 1.265, 1.266, 1.269, 1.301 y 1.969.

Ley 1/2000 (LEC), art. 7.

Ley 24/1988 (Mercado de Valores), art. 79 bis.

PONENTE:*Don Jesús Pérez Serna.*

Magistrados:

Don JESUS PEREZ SERNA

Don PEDRO JESUS GARCIA GARZON



Doña MARIA ESTHER GONZALEZ GONZALEZ

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE

Z A M O R A

Rollo nº: RECURSO DE APELACIÓN Nº 180/17

Nº Procd. Civil : 510/16

Procedencia : Primera Instancia de Zamora nº 6 Tipo de asunto : Ordinario

Este Tribunal compuesto por los Señores Magistrados que se expresan al margen, han pronunciado

E N N O M B R E D E L R E Y

la siguiente

S E N T E N C I A Nº 255

Ilustrísimos/as Sres/as Presidente

D.JESÚS PÉREZ SERNA.

Magistrados/as

D.PEDRO JESÚS GARCÍA GARZÓN
Dª. ESTHER GONZÁLEZ GONZÁLEZ

En la ciudad de ZAMORA, a 13 de noviembre de 2017.

Vistos ante esta Ilustrísima Audiencia Provincial en grado de apelación los autos de procedimiento de juicio Ordinario nº 510/16, seguidos en el JDO. 1A. INST. Nº 6 de Zamora , RECURSO DE APELACION (LECN) Nº 180/17; seguidos entre partes, de una como apelante BANKIA , representada por el/la Procurador D. JOAQUÍN JAÑEZ RAMOS, y dirigida por el/la Letrada Dª Mª JOSÉ COSMEA RODRÍGUEZ, y de otra como apelada Dª Genoveva , representado/a por el/la Procurador D. LUIS DOMINGO FERNÁNDEZ ESPESO y dirigida por el/la Letrada Dª PATRICIA FERRERO VALDÉS , sobre acción de nulidad de participaciones preferentes.

Actúa como Ponente, el lltmo. Sr. D .JESÚS PÉREZ SERNA.

A N T E C E D E N T E S D E H E C H O

Primero.

Por el JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.º 6 de Zamora, se dictó sentencia de fecha 29 de marzo de 2017 , en el procedimiento Ordinario nº 510/16, cuya parte dispositiva, dice: "FALLO: Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por Don Luis Domingo Fernández Espeso, en nombre y representación de Doña Genoveva , contra Bankia, S.A., representada por Don Joaquín Jañez Ramos, debo declarar y declaro la nulidad absoluta del contrato



de Participaciones Preferentes suscrito entre las partes; condeno a la demandada a la efectiva devolución a la actora de la cantidad de 12000 Euros, acordándose la restitución recíproca de las prestaciones entre las partes debiendo con ello la demandada restituir a la actora la cantidad que su tío entregó por adquisición de los productos minorada en los importes percibidos como consecuencia de los vencimientos de los cupones e incrementada en los intereses correspondientes por el nominal invertido durante el período equivalente y calculado según el interés legal anual recobrando la entidad financiera la titularidad de los productos y en cualquiera de los casos más los intereses que correspondan desde la interposición de la demanda y todo ello, con condena a la demandada al pago de las costas procesales ."

Esta sentencia fue aclarada por el auto de fecha 25 de abril de 2017, cuya Parte Dispositiva dice: "SE ACUERDA: Haber lugar a completar el Fallo de la sentencia de fecha 29 de Marzo de 2017 en el sentido de añadir tras "...minorada en los importes percibidos como consecuencia de los vencimientos de los cupones..." la expresión: "y sus intereses legales..." manteniéndose invariable el resto de la resolución."

Segundo.

Contra mencionada resolución interpuso la parte demandada, el presente recurso de apelación que fue sustanciado en la instancia de conformidad con lo establecido en el art. 458 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; se elevaron los autos, correspondiendo a este Tribunal su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo y, no habiéndose celebrado vista pública ni solicitado práctica de prueba, quedó el procedimiento para votación y fallo, señalándose el día 5 de octubre de 2017 .

Tercero.

En la tramitación del recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones de carácter legal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia dictada en la instancia estima la demanda interpuesta por doña Genoveva contra la entidad bancaria Bankia SA, declarando, en su consecuencia, la nulidad del contrato de participaciones preferentes suscrito por el causante de la actora y la demandada, en 2009, y condenando a esta última a devolver a aquél la cantidad de 12.000€, acordándose la restitución recíproca de las prestaciones entre las partes debiendo con ello devolver la demandada restituir a la actora la cantidad que su tío entregó por adquisición de los productos minorada en los importes percibidos como consecuencia de los vencimientos de los cupones y sus intereses e incrementada en los intereses correspondientes valor nominal invertido durante el período equivalente y calculado según el interés legal anual recobrando la entidad financiera la titularidad de los productos y en cualquiera de los casos más los intereses que correspondan desde la interposición de la demanda. Consideraba la juez a quo, una vez desestimadas las excepciones de falta de legitimación activa de la actora y de caducidad de la acción, en orden a la decisión anterior, que ha quedado acreditado en el caso, a través de la documental aportada con la demanda y la contestación, que no se ofreció al actor una información suficiente y adecuada sobre los riesgos que asumía con la contratación del producto, máxime cuando no era persona experimentada y no tenía conocimientos financieros adecuados para comprender este tipo de productos bancarios complejos, lo que implica la existencia de vicio en la prestación del consentimiento, y el éxito de la acción de nulidad ejercitada.

Ante referido pronunciamiento se alza, vía recurso de apelación, la representación procesal de la entidad bancaria demandada, con la pretensión de que se revoque la sentencia del juzgado y se dicte otra en la que se desestime en su integridad la demanda interpuesta en su contra. Alega, a tal fin, como motivos del recurso los siguientes: a) Falta de legitimación ad procesum del demandante, en tanto que la misma no ha acreditado que con motivo del fallecimiento de su tío haya adquirido la propiedad de las acciones de Bankia suscritas con motivo de las participaciones preferentes, ya que si bien aporta el testamento ello no es suficiente para determinar si es el último que otorgó y la aceptación de la actora de la herencia, para ser sujeto de la relación procesal de cara a la realización de actos procesales y con eficacia jurídica. b) Errónea interpretación del dies a quo para el cómputo del plazo de la caducidad excepcionada, ya que partiendo del hecho de que el día inicial del plazo de ejercicio de la acción será el de la suspensión de las liquidaciones de beneficios o del devengo de intereses, lo cierto es que en el caso presente el momento en que se dejaron de percibir estos vía cupón trimestral fue en fecha 10 julio 2012 por lo que vista la



fecha de la presentación de la demanda, han transcurrido los cuatro años a los que se refiere el artículo 1301 del código civil . Y c) Imprudencia de la resolución de los contratos, pues necesariamente el incumplimiento denunciado se produce después de celebrar el contrato y el efecto de información es anterior a la celebración del contrato

Segundo.

Antes de abordar las cuestiones que han sido sometidas a debate de esta Sala, se considera preciso insistir en pronunciamientos anteriores recaídos sobre las participaciones preferentes --tales como las de fecha 20 enero 2014 y 27 enero 2015 --, tratando temas de carácter general referidos a dichos productos. En ellas se pronunció esta Sala, bien directamente, bien mediante remisión a la sentencia de instancia, sobre las características y naturaleza de las participaciones preferentes, sobre la normativa de aplicación en relación con el deber de información de las entidades bancarias, carga de la prueba sobre el cumplimiento de dicho deber, requisitos para la declaración de nulidad por error en el consentimiento y efectos de esta declaración.

En esta línea, y como consecuencia del contrato de suscripción de participaciones preferentes firmado entre las partes en mayo de 2009, se hace preciso incidir en la naturaleza y caracteres de las obligaciones preferentes. Al respecto, la citada sentencia de esta sala, de fecha 27 enero 2015 , señala, con mención expresa a la STS de 12 junio 2014 , "que se denominan así aquellos títulos emitidos a perpetuidad por una sociedad con una rentabilidad generalmente variable y no garantizada, y que no confieren a su poseedor ni participación en el capital, ni derecho a voto, ni derecho de suscripción preferente y sin embargo participan de los avatares del capital al punto de no quedar protegidos por el Fondo de Garantía de Depósitos y quedar por detrás de los acreedores ordinarios de la entidad emisora. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada siempre. Es un instrumento de los que la normativa MIFID (Directiva que entró en vigor el uno de noviembre de 2007 y que establece un marco regulatorio homogéneo en los mercados financieros de los distintos países de la Unión Europea) califica de complejo, pero que nada tiene que ver con los contratos de swaps o similares, que son operaciones de "futuros", aunque coinciden con ella con aquel carácter complejo y que son operaciones OTC (Over The Counter, -terminó utilizado para contrato sobre instrumentos financieros realizados directamente entre dos partes y también para la negociación sobre instrumentos financieros derivados que se comercializan a través de un dealer y no a través de un mercado centralizado y por tanto fuera del regulador -). Por el contrario la participación preferente tiene una mayor semejanza con la deuda subordinada con la que coincide con su carácter perpetuo, aunque aquél es más cercano a la renta fija que la participación preferente, que es renta variable.

Sea como sea, ni una ni otra cotizan en bolsa aunque se puedan negociar en mercados organizados. Su liquidez es limitada y no siempre es fácil deshacerse de la inversión. De hecho es perfectamente posible llegar a perder la inversión parcial o incluso totalmente en caso de insolvencia del emisor ya que, pese a denominarse "preferentes", se sitúan en el orden de recuperación de créditos por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados como ya hemos dicho, al mismo nivel que el resto de preferentes emitidas o que se pudieran emitir en un futuro por el emisor, y sólo por delante de las acciones ordinarias (y de las cuotas participativas en el caso de las cajas de ahorros).

Las anteriores circunstancias y notas características hacen, en una primera aproximación general, dudar seriamente de que las participaciones preferentes sean un instrumento apto como producto de inversión para clientes minoristas no especializados."

Se trata, en definitiva, como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección sexta, de fecha 27 marzo 2015 , de un instrumento o mecanismo de financiación de la entidad mediante la compra de un título de escasa liquidez y alto riesgo, sin que el tenedor de las acciones disfrute de los derechos sociales que otorga la ley al que lo es de acciones de una sociedad. La Comisión del Mercado de Valores define este producto como "valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital y derecho a voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada. Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido.... Las participaciones preferentes no cotizan en bolsa. Se negocian en un mercado organizado... no obstante, su liquidez es limitada, por lo que no siempre es fácil deshacer la inversión...".

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 11, de 17 enero 2014 , sintetiza las notas características de las acciones preferentes y señala como tales las siguientes: Uno. No otorga a sus titulares derechos políticos o derecho de voto. Dos. No otorga derecho de suscripción preferente respecto de futuras emisiones. Tres. La propia denominación no expresa su esencia, es confusa, y, como tal, no es casual, por cuanto que otra expresión podría haber alertado a los inversores. Cuatro. No son depósitos ni están cubiertos por el fondo



de garantía de depósitos. Cinco. Su plazo es ilimitado, tienen carácter perpetuo, normalmente el emisor se reserva el derecho a amortizarlas. Seis. Sirven para incrementar los recursos propios básicos a un coste, en general, muy por debajo del ROE ("return on Equity", beneficios después de impuestos/fondos propios).

Y sin duda alguna, como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba del 30 enero 2013 "las participaciones preferentes constituyen un producto complejo de difícil seguimiento de su rentabilidad y que cotiza en el mercado secundario, lo que implica para el cliente mayores dificultades para conocer el resultado de su inversión y para proceder a su venta, y, correlativamente, incrementa la obligación exigible al banco sobre las vicisitudes que puedan rodear la inversión".

Tercero.

Dicho lo anterior, cabe señalar, que el análisis del producto aquí tratado debe realizarse en relación o sobre la base a tres ideas fundamentales: requisitos que debe reunir el error para invalidar el consentimiento; alcance y prueba del deber de información de las entidades bancarias en la contratación de productos bancarios de naturaleza compleja y alto riesgo como es el aquí discutido; e incidencia de una información deficiente en la apreciación del error vicio en función del perfil del cliente, consumidor, aquí afectado.

Sobre el consentimiento se decía en la sentencia de esta Sala, Rollo nº 100/14 , lo siguiente: En este sentido, y a fuerza de ser reiterativos en relación con lo consignado en la sentencia de instancia, cabe significar, siguiendo lo expuesto en la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de fecha 31 enero 2011 , lo siguiente.

"El error, como vicio que afecta a la formación de la voluntad de uno de los contratantes, significa, como tantas veces ha manifestado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (así SSTS. de 17 de octubre de 1.989 y de 3 de julio de 2.006 , entre otras) un falso conocimiento de la realidad capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida, pudiendo llegar a esa situación el que la padece por su propia e incorrecta percepción de las cosas o por su defectuosa valoración de las mismas, o conducido a ella por la consciente e intencionada actuación, activa o pasiva, de la otra parte contratante, de suerte que, en el primer caso se contempla al que padece el error (artículo 1.266 del Código Civil), y en el segundo al que lo produce, incurriendo en actuación dolosa (artículo 1.269 del mismo Código Civil), pudiendo incluso coincidir o no en el mismo resultado de originar la desconexión del contratante con la realidad (SAP. de Córdoba (Sección 2ª) de 22 de noviembre de 1.999).

Como ya se ha señalado en las Sentencias de 11 de noviembre de 1.997 , 18 de julio de 2.000 y 20 de marzo de 2.006 , entre otras, en cuanto al error como vicio del consentimiento, ya la STS. de 18 de abril de 1.978 señaló que para que el error en el consentimiento invalide el contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.265 del Código Civil , es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituya su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración (artículo 1.266. 1º, del Código Civil), que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar (SSTS. de 1 de julio de 1.915 y de 26 de diciembre de 1.944), que no sea imputable a quien lo padece (SSTS. de 21 de octubre de 1.932 y de 14 de diciembre de 1.957) y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado (SSTS. de 14 de junio de 1.943 y de 21 de mayo de 1.963). En definitiva, como ha señalado la STS. de 14 de febrero de 1.994 , para que el error en el objeto, al que se refiere el párrafo primero del artículo 1.266 del Código Civil , pueda ser determinante de la invalidación del respectivo contrato (en el aspecto de su anulabilidad o nulidad relativa) ha de reunir estos requisitos fundamentales: a) que sea esencial, es decir, que recaiga sobre la propia sustancia de la cosa, o que ésta no tenga alguna de las condiciones que se le atribuyen, y aquella de la que carece sea, precisamente, la que, de manera primordial y básica, atendida la finalidad del contrato, motivó la celebración del mismo; y b) que, aparte de no ser imputable al que lo padece, el referido error no haya podido ser evitado mediante el empleo, por el que lo padeció, de una diligencia media o regular, teniendo 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 (SSTS. de 6 de junio de 1.953 , 27 de octubre de 1.964 y 4 de enero de 1.982), es decir, que el error sea excusable, entendida esa excusabilidad en el sentido ya dicho de inevitabilidad del mismo por parte del que lo padeció, requisito que el Código Civil no menciona expresamente, pero que se deduce de los llamados principios de autorresponsabilidad y buena fe (artículo 7 del Código Civil).

Las SSTS. de 4 de enero de 1.982 y de 18 de febrero de 1.994 señalaron que el error es excusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, y que, de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, pues la



función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por su declaración; y añaden que el problema no estriba en la admisión del requisito, que debe considerarse firmemente asentado, cuanto en elaborar los criterios que deben utilizarse para apreciar la excusabilidad del error, señalando que, en términos generales, la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad del error a quien lo invoca y el de la diligencia que era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información les es fácilmente accesible y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, sobre la base de que nadie debe omitir aquella atención y diligencia exigible a cualquier persona medianamente cuidadosa antes de vincularse por un contrato, máxime si éste es de cierta trascendencia económica (STS. de 29 de marzo de 1.994); así es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, siendo, por el contrario, menor, cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto, y siendo preciso, por último, para apreciar esa diligencia exigible tener en cuenta si la otra parte coadyuvó o no con la conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa (SAP. de Córdoba de 22 de noviembre de 1.999).

Finalmente no puede desconocerse también que es verdad que la apreciación del error sustancial en los contratos ha de hacerse con criterio restrictivo cuando de ello dependa la existencia del negocio (SSTS de 30 de mayo de 1.991 y de 6 de febrero de 1.998), teniendo su apreciación un sentido excepcional acusado, ya que el error implica un vicio del consentimiento y no la falta de él. A lo que hay que añadir también, según la STS de 13 de junio de 1.966 , que aquellos obstáculos que en orden al consentimiento, al objeto o causa del contrato sean invocados como susceptibles de impedir su virtualidad o que vicien lo pactado, deben correr a cargo del oponente, quien deberá acreditar la existencia de los hechos en que se funde para desvirtuar la realidad o apariencia formal de la existencia y eficacia del vínculo que se presente como contraído en forma legal.

Doctrina ésta que es seguida y reiterada en otras resoluciones posteriores, tales como las SSTS. de 23 de julio de 2.001 , 12 de julio de 2.002 , 12 de noviembre de 2.004 y 17 de julio de 2.006 , entre otras muchas."

Sobre el deber de información, se ha de recordar que, desde un planteamiento general, y al margen de las exigencias de la normativa sectorial, el derecho de información forma parte de los derechos básicos del consumidor. Así lo reconoce el artículo ocho del texto refundido aprobado por el RDL 1/2007, de 16 noviembre . Puede decirse, entonces, y desde esta perspectiva, que las normas que regulan el derecho de información son imperativas y atañen a la materia de orden público, y en esa medida, el cumplimiento de esa obligación del empresario profesional en las relaciones de consumo es controlable por el tribunal y aplicable de oficio la normativa correspondiente.

Baste decir ahora que las especiales características de este producto, obligaciones preferentes, requieren de una cuidada y escrupulosa información al consumidor, máxime siendo claro que el actor y su esposa no eran inversores habituales, y mucho menos de operaciones de especial y relevante de riesgo, ni se conoce que en la entidad bancaria de la que eran clientes hubiesen realizado operaciones de similar entidad. Sólo garantizaría el conocimiento exacto del producto, bien una anterior experiencia inversora o bien el cumplimiento riguroso de los deberes de información a que tiene derecho todo consumidor.

Sobre el deber de información se pronuncia la STS de Pleno de fecha 20 enero 2014 , referida a contrato de permuta financiera, de naturaleza compleja y elevado riesgo. Partiendo de esa complejidad y de la asimetría informativa que suele darse en la contratación por la desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional, la sentencia destaca la necesidad de proteger al inversor minorista acentuada porque "las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseña la asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión en contratar un determinado producto". Razona también que el genérico deber de negociar de buena fe, que se contiene en el artículo 7 del código civil y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, "conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar". En referencia al incumplimiento del deber de información destaca que "no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error". Más adelante pone en relación el deber de información con las dos notas exigidas para apreciar el error vicio. En cuanto a la primera dice que "el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata

pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afectan a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero". Y respecto a la excusabilidad: "al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en qué consiste el error, le es excusable al cliente".

La prueba de una correcta información incumbe a la entidad bancaria por aplicación del criterio de facilidad y disponibilidad probatoria (artículo 217 de la LEC), en atención a su mayor conocimiento del mercado, a su situación de superioridad en la contratación y a la imposibilidad de demostrar un hecho negativo como es la falta de información.

También indica la precitada sentencia que esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseña la 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.

En suma, este deber de información comporta la necesidad de dar las explicaciones adecuadas y suficientes para comprender los términos esenciales de todo servicio bancario ofertado y adoptar una decisión informada, teniendo en cuenta sus necesidades y su situación financiera, explicaciones que comprenderán indicación sobre las consecuencias que la celebración de un contrato de servicios bancarios pueda tener para el cliente. Por otro lado la información que por escrito se proporcione a los clientes ha de estar redactado en términos fácilmente comprensibles, de manera claramente legible, y aún más con la finalidad de llamar la atención del cliente sobre los elementos esenciales de la información debida, se prevé su plasmación destacada mediante la utilización de caracteres o tipo de letra especialmente resaltada. Las anteriores prevenciones, establecidas en la Orden EHA/2899/2011, de 28 octubre, -de fecha posterior a contrato en litigio -, responden a criterios elementales en la contratación con minoristas y son consecuencia, en definitiva de la buena fe contractual representando prevenciones asumidas como necesarias.

Cuarto.

Expuesta la doctrina general en orden a los requisitos que han de concurrir para que pueda apreciarse o no la existencia de error en el consentimiento, determinante de la nulidad del contrato, se ha de entrar ya en el análisis de las concretas alegaciones realizadas por la defensa de la parte demandada en su escrito de interposición del recurso de apelación, y con las que pretende demostrar la equivocación en que se ha incurrido por la juzgadora a quo al concluir sobre la existencia de error en la actora al prestar consentimiento contractual, pues no se le ofreció una información suficiente y adecuada sobre los riesgos que asumían, máxime cuando el causante del que trae parte la misma no era persona experimentada y no tenía un conocimiento financiero adecuado para comprender este tipo de productos bancarios complejos.

A)Alude la recurrente, en primer lugar, a falta de legitimación ad procesum de la demandante, al considerar, tal cual se ha dicho, que en la misma no ha acreditado tras el fallecimiento de su tío la adquisición de la propiedad de las acciones de Bankia suscritas con motivo de las participaciones preferentes, ni tampoco en la aceptación y reparto de la herencia del mismo.

Así planteado el motivo de recurso y examinadas las actuaciones, procede significar desde ya, que no cabe afectar el mismo con los efectos que pretende la recurrente. A lo dicho por la juez de instancia sobre el particular, -se aporta con la demanda el testamento de don Alonso en el que instituye a la ahora actora como heredera universal y las comunicaciones de la entidad han sido con la actora como heredera teniéndola por ello como tal --, ha de añadirse que en la solicitud de admisión al proceso de arbitraje de consumo presentado por la actora se alude claramente a otra documentación en relación con la cuestión que se formula en el presente motivo, que fue aceptada por la parte demandada para dar curso a la misma y contestarle en sentido negativo a su pretensión de sometimiento arbitraje, o lo que es lo mismo dió por buena dicha documentación sin hacer en ese momento objeción alguna, con lo que ello supone, y admitieron a la actora como parte interesada en el producto en su día contratado por su tío. No es posible, pues, en la situación actual y tras las comunicaciones habidas entre las partes de resultados del producto perteneciente a don Alonso , aceptar la pretensión de la parte actora, so pena de infringir la teoría de los actos propios, aplicable al presente supuesto, a la vista de los documentos obrantes en autos tales como la comunicación



de la liquidación llevada a cabo con el canje en, las solicitudes de participación en el proceso de arbitraje y la comunicación de la negativa a ello.

Por otro lado, definida la aceptación de la herencia cómo la declaración de voluntad expresa o tácita de llamado a la herencia por la que manifiesta que asume la cualidad de heredero, resulta que la naturaleza de la aceptación es, claramente, la de un negocio jurídico unilateral, cuyos elementos son la declaración de voluntad de querer ser heredero, el objeto es el contenido de la herencia y la causa la transmisión-adquisición del contenido hereditario. En tal sentido y como negocio unilateral no recepticio, la declaración de voluntad del aceptante se perfecciona sin que sea recibida por persona alguna y sin que requiera la declaración conforme de otra parte, siendo, desde entonces, irrevocable e indivisible, al tiempo que retroactiva. Asimismo, conforme al artículo 999 del código civil, la aceptación tácita es la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero. Si ello es así y se relaciona con lo acontecido entre las partes a propósito del producto en cuestión, la conclusión que emerge no es otra sino la procedencia de desestimar la alegación de la parte demandada y tener a la actora por debidamente legitimada a los efectos que pretende con su demanda.

Alega la entidad recurrente, en segundo lugar, la errónea interpretación del dies a quo para el cómputo del plazo de la caducidad de excepcionada, señalando a tal fin que en el presente supuesto habría que estar al plazo de suspensión de la percepción del cupón trimestral, 10 julio 2012, para fijar el momento en que la parte se percató del supuesto error padecido, amén de que la reformulación de cuentas de la entidad ya se había producido el 25 mayo 2012, por lo que se debe concluir que ya había transcurrido con exceso el plazo de los cuatro años a los que se refiere el artículo 1301 del código civil para el ejercicio de la acción entablada por la actora.

Ciertamente, el plazo previsto en el artículo 1301 del código civil es un plazo de caducidad que no admite, por lo tanto, interrupción a diferencia de lo que sucede con los plazos de prescripción. Sin embargo, en el caso presente, la caducidad alegada ha de ser rechazada conforme a la tesis ya sentada por esta Sala en la sentencia de 3 enero del año en curso, en la que se decía que una cosa es la perfección del contrato y otra su consumación, distinción que es importante en los contratos de tracto sucesivo, en el que se mantienen en el tiempo las obligaciones asumidas contractualmente, por lo que aplicando lo dispuesto en el artículo 1301 del código civil, el plazo de caducidad de cuatro años comenzará a computarse cuando se haya producido el completo cumplimiento de las obligaciones que constituyen el objeto del contrato. Cita en tal sentido la STS Pleno, de fecha 12 enero 2015, y la de 7 julio 2015, y la de 9 julio 2015, entre otras, diciendo que en todas ellas se mantiene que el inicio del plazo ha de coincidir con el hecho de que se produzca un evento que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error. En este caso, y a tenor de las comunicaciones que obran en autos, lo cierto es que desde el momento en que se evidencian los efectos perjudiciales para la actora y que según la recurrente pudieran haberse producido con anterioridad a los cuatro años anteriores a la presentación de la demanda, la documentación aportada por la parte demandada no evidencia el pleno conocimiento por la contratante de las consecuencias económicas de que tratamos en un plazo cuatro años anteriores a la propia interposición de la demanda. Así, según especifica la apelada tuvo conocimiento y conciencia del consentimiento viciado de su tío y de la realidad del producto que había suscrito, cuando fueron transformadas las participaciones preferentes por las acciones de Bankia en mayo de 2013.

Debe tenerse en cuenta, además, que un sector de la doctrina jurisprudencial emanada de las Audiencias Provinciales, en los supuestos relativos a participaciones preferentes, estima que el plazo de caducidad se iniciará cuando el afectado conozca la situación que ha provocado el error, al aplicar en este caso el art. 1969 del Código Civil, como así se indica en las conclusiones en la Jornada de Unificación de Criterios de los Magistrados de las Audiencias Provinciales pertenecientes al Tribunal Superior de Justicia de Galicia, celebrada el 4 de diciembre de 2013.

En consecuencia, no puede entenderse caducada en el presente caso la acción ejercitada por la parte actora ya que el contrato no se consumó en la fecha propugnada por la recurrente, máxime si la acción estimada ha sido la de nulidad de pleno derecho, ejercitada en primer lugar, acción que como es sabido es imprescriptible.

Refiere, seguidamente, la recurrente que no podría producirse el incumplimiento contractual reclamado con carácter subsidiario, pues necesariamente el cumplimiento denunciado se produce después de celebrar el contrato, y el defecto de información es anterior a la celebración del contrato.

Sin embargo, si lo que plantea la recurrente es la inexistencia en el caso de un supuesto de nulidad, calificando de errónea la decisión en tal sentido de la sentencia recurrida, procede su desestimación, por cuanto la demandada recomendó al actor una inversión en producto complejo, en contra del perfil financiero del mismo y con información deficiente al ocultar datos relevantes que afectaban a la propia inversión.



El error vicio supone una creencia inexacta o una representación mental equivocada, que sirve de presupuesto para la realización de un contrato y determina una voluntad no formada correctamente, porque la contemplación del objeto del contrato estaba distorsionada.

Y si la declaración anterior, que es la acordada en la sentencia de instancia, fue el ejercitada en primer lugar por la actora, está claro que no procede entrar a valorar el resto de acciones planteadas, habiéndolo entendido así la juez a quo en su resolución, no produciéndose en consecuencia ninguna confusión ni sobre la acción ejercitada y sobre el finalmente estimada por aquella.

Quinto.

Por consiguiente, si los propios términos y cláusulas del contrato, no aparecen expresados con la suficiente claridad para comprender su objeto, funcionamiento, ventajas y riesgos, y si no puede afirmarse que por parte del empleado de la demandada se ofreciera causante de la actora una completa información sobre tales extremos y circunstancias, en modo alguno cabe tener por cumplida la obligación expresa de información sobre el producto que incumbe al banco, máxime teniendo en cuenta que tal falta no puede verse frenada por el hecho de que en el contrato se contengan referencias a la posibilidad de pérdidas, incluso sustanciales, pues ya se ha dicho que la información ha de ser previa y adecuada al perfil minorista del cliente. Cosa que en el caso no ocurrió, a tenor de lo actuado en el presente procedimiento.

En cuanto a las consecuencias que se derivan de la vulneración de los deberes legales de información, o en general de cualesquiera de los deberes legales asociados a la formalización de la operación, si bien dicho incumplimiento no conlleva la nulidad automática del negocio concertado, cuando el cliente carece previamente la información suficiente para contratar, la omisión del deber de información implica que suscribe la operación desconociendo la naturaleza y funcionamiento del producto, es decir, esa omisión del deber de información entraña que el consentimiento se presta mediante un error esencial sobre el objeto del contrato, por lo que la nulidad contractual que se deriva de ello no se sustentará en una serie de infracciones administrativas, sino en la ausencia de consentimiento informado, o prestado mediante error esencial. Como señala la STS de 20 enero 2014 , por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.

El error, según señala el Tribunal Supremo en la sentencia citada, debe recaer sobre el objeto del contrato, lo que en estos casos afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del producto financiero de que se trate. El hecho de que el apartado tres del artículo 79 bis de la LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos, o productos, financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencia sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero".

A la vista de lo actuado, no le cabe la más mínima duda a esta Sala que si el causante de la actora hubiere llegado a conocer, o se le hubiera explicado con detalle y exactitud, el producto que le ofrecieron, no lo hubiera adquirido, por lo que de no haber actuado así, éste incurrió en un error determinante de la nulidad contractual.

Procede, pues, la desestimación del recurso de apelación en cuanto a todos sus pedimentos.

Sexto.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la desestimación del recurso de apelación conlleva que las costas procesales de la presente instancia se impongan a la parte recurrente, máxime siendo tal desestimación con arreglo a los mismos argumentos que sustancialmente se tuvieron en cuenta en la primera instancia.

En atención a lo expuesto en nombre del Rey y en virtud de los poderes conferidos por la Constitución



FALLAMOS

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal BANKIA SA contra la sentencia dictada en fecha 29 marzo del año en curso por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número seis de esta ciudad, en Autos de los que dimana el presente rollo, confirmo referida resolución e impongo las costas de esta alzada a la parte apelante.

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

Notifíquese la presente a las partes en legal forma y remítase testimonio de la misma, junto con los autos de su razón al Juzgado de procedencia para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN

Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente de la misma, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.