



Roj: **STS 1334/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1334**

Id Cendoj: **28079110012017100212**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/04/2017**

Nº de Recurso: **516/2015**

Nº de Resolución: **218/2017**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SG 304/2014,**
STS 1334/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 4 de abril de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Segovia, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 502/12, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Segovia; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Federico y doña Daniela, representados ante esta sala por el procurador de los Tribunales don Eulogio Paniagua García; siendo parte recurrida **Abanca** Corporación Bancaria S.A. (antes NCG Banco S.A.), representada por el procurador de los Tribunales don Rafael Silva López.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1- La representación procesal de don Federico y doña Daniela, interpuso demanda de juicio ordinario contra Novagalicia Banco S.A. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se acuerde lo siguiente:

«...por la que condene a la demandada al pago a los actores de la cantidad de 22.200,00 EUROS en concepto de principal reclamado, más los intereses legales aplicables y las costas procesales causadas.»

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la demandada contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que dicte

«...sentencia por la que se desestime la demanda, con imposición de costas a la parte actora. Alternativamente, en caso de estimación, acogiendo la excepción de compensación, reducir la cantidad a abonar por esta parte.»

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Segovia, dictó sentencia con fecha 25 de junio de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Pérez García, en nombre y representación de D. Federico y Dña. Daniela, contra NOVAGALICIA BANCO, S.A., debo declarar y declaro nula la orden de compra de **participaciones preferentes** Caixa Galicia **Preferentes**, S.A., EM 29-12-03, (37 títulos) por valor nominal de 22.200,00 euros, suscrita por los actores con fecha 10 de noviembre de 2013, y consecuencia de ello, debo condenar y condeno a la demandada a devolver a los demandantes la cantidad de 22.200, euros, más intereses legales desde la fecha en que se realizó la suscripción, suma de la que deberá descontarse la cantidad que perciban los actores por el canje de las acciones ordinarias de NCG BANCO S.A., aceptada por



los mismos con fecha 25 de junio de 2013, con restitución a NOVAGALICIA BANCO, S.A., de la cantidad de 5.475,92 euros percibida como beneficios o rendimientos por tales productos, con los intereses legales desde las fechas de su recepción, compensándose las cantidades en el momento de practicar la correspondiente liquidación, con condena a la entidad al pago de las costas procesales causadas.»

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la demandada, y sustanciada la alzada, la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Segovia, dictó sentencia con fecha 16 de diciembre de 2014, cuyo Fallo es como sigue:

«Que estimando el recurso de apelación interpuesto a nombre de la entidad NCG Banco S.A., contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Segovia en fecha 25 de junio de 2014, en los autos a que se refiere este rollo, debemos revocar y revocamos la aludida resolución y desestimando la demanda absolvemos a la entidad demandada de los pedimentos formulados en su contra sin hacer expresa imposición de las costas de ninguna de las dos instancias.

»La estimación parcial o total del recurso, supone la devolución de la totalidad del depósito para apelar consignada por la parte recurrente, a quién se devolverá (D.D. 15ª.8 de la L.O.P.J), según redacción de la L.O. 1/2009 de 3 de Noviembre.»

TERCERO.- La procuradora doña Marta Pérez García, en nombre y representación de don Federico y doña Daniela, interpuso recurso de casación fundado, como motivo único, en la infracción del artículo 1301 CC.

CUARTO.- Por esta Sala se dictó auto de fecha 14 de diciembre de 2016 por el que se acordó la admisión del recurso, así como dar traslado del mismo a la parte recurrida, **Abanca** Corporación Bancaria S.A. (antes NCG Banco S.A.), que se opuso a su estimación representada por el procurador don Rafael Silva López.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 14 de marzo de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don Federico y doña Daniela interpusieron demanda, con fecha 19 de noviembre de 2012, en solicitud de que se declare la nulidad del contrato de adquisición de **participaciones preferentes** de fecha 10 de noviembre de 2003 suscrito con la entidad demandada, Novogalicia Banco, S.A. (hoy **Abanca** Corporación Bancaria), por haber mediado error en el consentimiento.

Se fundamenta la demanda en que el contrato se suscribió por recomendación de la comercial de la oficina de la entidad demandada en Segovia por razón de la confianza depositada en dicha entidad, que era conocedora del perfil de los demandantes como clientes minoristas conservadores. Afirman los demandantes que en todo momento se le ocultaron las verdaderas características de este tipo de productos, estando en la creencia de que lo suscrito era un producto financiero a renta fija. Una vez comprobado su error, en fecha 6 de agosto de 2012, procedieron a efectuar la correspondiente reclamación ante la demandada sin obtener satisfacción alguna.

La entidad demandada se opuso a la demanda alegando, en primer lugar, la caducidad de la acción al haber transcurrido ya más de cuatro años desde la firma de los contratos, entendiéndose que su prestación contractual quedó agotada y cumplimentada con la orden de compra de valores. Igualmente sostiene la entidad demandada que cumplió con sus obligaciones normativas de informar a su cliente de todos los riesgos y características de los productos adquiridos, siendo conocedora la parte demandante del producto que adquiría y no siendo creíble que pensarán que era un depósito a plazo fijo.

La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda. Entendió que la acción no estaba caducada por tratarse de un contrato de tracto sucesivo por lo cual el plazo de cuatro años no había transcurrido. Los contratos suscritos eran complejos y de riesgo, sin que la parte demandada realizara un juicio de idoneidad de las demandantes para el citado producto. Además no se informó a los contratantes de las características y riesgos del mismo de forma clara y comprensible, lo que determinó la existencia de error en el consentimiento.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, el cual fue estimado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, Sección Primera, de fecha 16 de diciembre de 2014, la cual revocó la dictada en primera instancia y desestimó la demanda. Entendió la Audiencia que la acción estaba caducada en el momento de su ejercicio. Considera que el momento de la consumación del contrato es el de la entrega de los títulos, esto es el 10 de noviembre de 2003, con la consecuencia de que al interponer la



demanda el 19 de noviembre de 2012 la acción ya estaba caducada, pues habían transcurrido nueve años desde que había comenzado a correr el plazo de caducidad.

Recorre en casación la parte demandante, don Federico y doña Daniela .

SEGUNDO.- El escrito de interposición del recurso de casación se articula en un solo motivo en el que se cita como precepto legal infringido el artículo 1301 del Código Civil , alegando la existencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales.

Como fundamento del interés casacional alegado se citan, por un lado, un primer grupo de resoluciones representado por las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 14.ª, de fecha 13 de octubre de 2014, una procedente del recurso de apelación 497/2014 y otra procedente del recurso de apelación 442/2014 , así como las sentencias de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 3.ª, de fecha 10 de octubre de 2014, una procedente del recurso de apelación 289/2014 y otra procedente del recurso de apelación 241/2014 . Dichas resoluciones consideran que el «dies a quo» para el ejercicio de la acción es la fecha en que se hayan cumplido íntegramente las obligaciones de las partes. Por otro lado, con un criterio jurídico coincidente entre sí y distinto del anterior se citan las sentencias de la Audiencia Provincial de Segovia de fechas 24 de noviembre de 2014 y 16 de diciembre de 2014 (que es la hoy recurrida), las cuales entienden que el momento inicial para el cómputo del plazo en los casos de error es el de la consumación, o sea cuando se produjo el mandato de compra de las **participaciones**.

La parte recurrente solicita que se fije como doctrina jurisprudencial que el «dies a quo» para el ejercicio de la acción, es la fecha en que se hayan cumplido íntegramente las obligaciones de las partes.

TERCERO.- A efectos de resolver el presente recurso no resulta necesario partir de la constatada divergencia entre distintas Audiencias Provinciales sobre cuál ha de considerarse «dies a quo» para el cómputo del plazo de caducidad establecido en el artículo 1301 CC respecto del tipo de contrato ante el cual nos hallamos.

Esta sala se ha pronunciado ya sobre la cuestión debatida. Así la sentencia más reciente n.º 734/2016, de 20 diciembre , afirma lo siguiente:

«Respecto a la caducidad de la acción y la interpretación a estos efectos del art. 1.301 CC , hemos establecido en sentencias de esta Sala núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015 ; 376/2015, de 7 de julio ; 489/2015, de 16 de septiembre , y 102/2016, de 25 de febrero , que: "[e]n relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error". Conforme a dicha jurisprudencia, el comienzo del plazo de ejercicio de la acción de anulación por vicio en el consentimiento no puede computarse, como pretende la parte recurrente, desde que se perfeccionó el contrato de adquisición de las **participaciones preferentes** y se entregaron los títulos, sino desde que los clientes estuvieron en disposición de conocer los riesgos patrimoniales de la operación, que en este caso consistían en la inexistencia de un mercado efectivo de reventa y la práctica imposibilidad de recuperación de la inversión, por la falta de solvencia de la entidad emisora de las **preferentes**».

En consecuencia, el recurso ha de ser estimado pues hay que entender que el «dies a quo» para el cómputo del plazo de caducidad de cuatro años no puede establecerse antes del año 2012, lo que determina que la demanda se interpuso cuando aún no había transcurrido en su totalidad.

CUARTO.- La estimación del recurso comporta que haya de ser casada la sentencia recurrida y esta sala deba resolver sobre la cuestión litigiosa planteada según los términos en que quedó fijado el debate en la segunda instancia.

La sentencia de primera instancia -la dictada en apelación no entró a considerar el fondo de la cuestión al apreciar la caducidad de la acción- argumenta ampliamente sobre las circunstancias de toda índole que concurren en el caso y las razones por las cuales deduce de ellas que los demandantes sufrieron error esencial y excusable a la hora de contratar.

Reiterando tal motivación, que llevó al juzgador de primera instancia a estimar la demanda y declarar la nulidad del contrato, se ha de destacar cómo consta de modo equívoco que, pese a que el derecho a percibir remuneración se condiciona a la existencia de beneficio distribuible, el pago «está garantizado solidaria e irrevocablemente por Caja de Ahorros de Galicia». Se añade que «si el inversor quisiera vender



sus **participaciones preferentes**, podrá ocurrir que el precio de venta fuere menor que el precio que pagó al adquirirlas, es decir, el inversor puede sufrir pérdidas», sin precisar a continuación que el riesgo pudiera derivar en la pérdida total del capital invertido si no existiera comprador dispuesto a comprarlas.

Con la propia demanda se acompañaba una carta remitida a los demandantes el día 24 de agosto de 2012 por NCG BANCO S.A., en el que el banco emisor reconoce que «...la adquisición de las **participaciones preferentes** pudo en ocasiones haberse efectuado sobre la base de la confianza»; acreditándose que el Fiscal Superior de Galicia había pedido a Novagalicia la devolución de lo invertido en las **participaciones preferentes**, y había solicitado del banco emisor una fianza de 1.108 millones de euros, en la búsqueda de una acción de cesación de esta práctica, y de resarcimiento y devolución de lo invertido.

Esta sala ha declarado reiteradamente que, antes de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a los productos que pudieran presentar una cierta complejidad. El deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el producto que contrataba y los concretos riesgos asociados al mismo, sino que además debía haber evaluado que en atención a sus necesidades era lo que más le convenía. A lo sumo, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó tales obligaciones, pero no supuso una regulación realmente novedosa.

El artículo 5 del anexo del RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

«1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].

»3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos».

Según dijimos en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 676/2015, de 30 de noviembre, es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.

Como afirma la sentencia 677/2016, de 16 noviembre, «el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente».

No se ha justificado, como pone de manifiesto la sentencia de primera instancia, que el perfil inversor de los demandantes se situara por encima de la media hasta el punto de poder comprender los riesgos que suponía la operación realizada mediante la información suministrada por la entidad bancaria, que no se estima completa.

En consecuencia procede confirmar la sentencia dictada en primera instancia.

QUINTO.- La estimación del recurso determina que no se formule condena en costas causadas por el mismo (artículos 394 y 398 LEC) y que proceda la devolución del depósito constituido para su interposición (Disposición Adicional 15.ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial). Las costas de primera instancia quedan a cargo de la demandada al ser confirmada la sentencia dictada, a la que se impone el pago de las causadas en segunda instancia ya que su recurso de apelación debió ser desestimado.



Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala

ha decidido

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Federico y doña Daniela contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Segovia (sección 1.ª) de fecha 16 de diciembre de 2014, en Rollo de Apelación n.º 306/2014 dimanante de autos de juicio ordinario n.º 502/2012 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de dicha ciudad, en virtud de demanda interpuesta por los hoy recurrentes contra Novagalicia Banco S.A. (hoy **Abanca** Corporación Bancaria S.A.). 2.º- Casar la sentencia recurrida dejándola sin efecto. 3.º- Confirmar la sentencia dictada en primera instancia. 4.º- Condenar a Novagalicia Banco S.A. (hoy **Abanca** Corporación Bancaria S.A.) al pago de las costas causadas por su recurso de apelación. 5.º- No hacer especial declaración de condena sobre las costas causadas por el presente recurso, con devolución del depósito constituido para su interposición. Librese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.