



SECCIÓN CUARTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
Avda. Tres de Mayo nº3
Santa Cruz de Tenerife
Teléfono: 922 20 84 70 - 922 20 84 76
Fax.: 922208473

Rollo: Recurso de apelación
Nº Rollo: 0000452/2015
NIG: 3803842120140011581
Resolución: Sentencia 000185/2016

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0000635/2014-00
Juzgado de Primera Instancia Nº 9 de Santa Cruz de Tenerife

SENTENCIA

NOTIFICADO
RENATA MARTÍN VEDDER

13-06-16

PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES

Ilmos. Sres.

Presidente

D. Pablo José Moscoso Torres

Magistrados

D. Emilio Fernando Suárez Díaz

D. Pilar Aragón Ramírez

En Santa Cruz de Tenerife, a nueve de junio de dos mil dieciséis.

Visto, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial integrada por los Ilmos. Sres. antes reseñados, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el JUZGADO DE 1ª INSTANCIA núm. nueve de Santa Cruz de Tenerife en los autos núm. 635/14 seguidos por los trámites del juicio ordinario, y promovidos, como demandante, Dª *Renata Martín Vedder*, representada por la Procuradora Dª Renata Martín Vedder y dirigida por el Letrado D. Emilio García Granados-Alayón, contra la entidad CATALUNYA BANC S.A representada por el Procurador *D. Emilio García Granados-Alayón* y dirigido por el Letrado D. *Emilio García Granados-Alayón*.

ha pronunciado, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, la presente sentencia siendo Ponente la Magistrada Dª Pilar Aragón Ramírez con base en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la resolución apelada.

SEGUNDO.- En los autos indicados la Ilma. Sra. Magistrada-Juez Dª Mª Dolores Aguilar Zoilo dictó sentencia el cinco de junio de dos mil quince, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda formulada por el Procurador Dª Renata Martín Veeder en nombre y representación de Dª *Renata Martín Vedder*.

contra Catalunya Banc SA representado por el Procurador D. Emilio García Granados-Alayón debo declarar y declaro la nulidad de la compraventa de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, así como del canje de ambos productos por acciones de Catalunya Banc por vicio en el consentimiento con obligación de las partes de restituirse las prestaciones recíprocamente. Que debo condenar y condeno a la demandada a restituir a la actora el importe total empleado en la suscripción de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas que en su conjunto asciende a la suma de 87.000 €, más los intereses legales y cuantos intereses, gastos y comisiones se hayan cargado en la cuenta de





la actora como consecuencia del contrato suscrito y con la obligación de la actora de restituir las prestaciones percibidas ;todo lo anterior lo es con condena en costas a la parte demandada »

TERCERO.- Notificada debidamente dicha sentencia, se presentó escrito en los autos por la representación de la parte demandada en el que interponía recurso de apelación contra tal resolución con exposición de las alegaciones en las que fundaba la impugnación, del que se dio traslado a las demás partes por diez días, plazo en el que la representación de la parte demandante, presentó escrito de oposición al mencionado recurso.

CUARTO.- Remitidos los autos con los escritos del recurso y de oposición a esta Sala, se acordó, una vez recibidos, incoar el presente rollo, designar Ponente y señalar para la votación y fallo del presente recurso, continuándose la deliberación en sesiones posteriores.

QUINTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia, dada la naturaleza del asunto y la necesidad de seguir tramitando otros asuntos pendientes ante la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia apelada desestimó primeramente las excepciones de caducidad de la acción (de anulabilidad de contrato por vicio en el consentimiento causado por error) y de falta de legitimación activa planteadas por la entidad demandada. Entrando en el fondo del asunto, tras exponer la naturaleza (producto financiero complejo) de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas adquiridas por la demandante, lo que obligaba al banco a una especial diligencia en cuanto a su emisión y comercialización, con las obligaciones de información recogidas en el art. 79 de la Ley del Mercado de Valores, la juzgadora de primera instancia entra a analizar los requisitos para apreciar en general la concurrencia de un error/vicio en la voluntad de los contratantes como causa de nulidad del contrato y, ya en el caso concreto, concluye que existió dicho error, teniendo en cuenta la condición de consumidor y cliente minorista de la actora, que reclamaba un especial cuidado por parte del banco en cuanto a la información de las características (y riesgos, especialmente) de los productos financieros ofertados y vendidos, siendo así que el perfil de la demandante era el de pequeña ahorradora de tipo conservador; y en tales circunstancias, se dice en la sentencia que no consta que la entidad demandada informara a su cliente sobre los siguientes riesgos: rentabilidad del producto, condicionada legalmente a los resultados económicos de la entidad emisora; verdadero carácter de perpetuo del vencimiento, ya que la participación preferente no atribuye derecho a la devolución de su valor nominal; y liquidez, que solo podía producirse en el mercado secundario de valores en el que cotice, y siempre que existiera oferta de compra.

SEGUNDO.- Frente a dicha resolución se alza la demandada alegando, tras unas consideraciones generales referidas mayormente a la extinción de la acción de nulidad que entiende que se ha producido, los siguientes motivos de apelación: 1) error en la valoración de la prueba en relación con la legitimación activa de la demandante (la recurrente sigue manteniendo que carece de ella) 2) igual error en relación con el vicio del consentimiento (que, a su juicio, no concurre) 3) mismo error valoratorio en cuanto al deber de diligencia del inversor, que considera que elimina la posibilidad de error invalidante 4) cumplimiento por su parte de las obligaciones derivadas del contrato 5) error en la valoración de la prueba en relación con la confirmación tácita de la inversión y actos propios que alega llevó a cabo la demandante.





TERCERO.- El Tribunal Supremo, en su sentencia de 25 de febrero del presente año, hace las siguientes consideraciones en relación con productos financieros como los que son objeto de este pleito.

" Las obligaciones subordinadas:

3.- En términos generales, se conoce como deuda subordinada a unos títulos valores de renta fija con rendimiento explícito, emitidos normalmente por entidades de crédito, que ofrecen una rentabilidad mayor que otros activos de deuda. Sin embargo, esta mayor rentabilidad se logra a cambio de perder capacidad de cobro en caso de insolvencia o de extinción y posterior liquidación de la sociedad, ya que está subordinado el pago en orden de prelación en relación con los acreedores ordinarios (en caso de concurso, *art. 92.2 Ley Concursal*). A diferencia de las participaciones preferentes, que como veremos, suelen ser perpetuas, la deuda subordinada suele tener fecha de vencimiento. El capital en ningún caso está garantizado y estos bonos no están protegidos por el Fondo de Garantía de Depósitos.

Básicamente, la regulación de las obligaciones subordinadas que pueden emitir las entidades de crédito se recoge en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, y en el Real Decreto 1370/1985. Sus características son las siguientes: a) A efectos de prelación de créditos, las obligaciones subordinadas se sitúan detrás de los acreedores comunes, siempre que el plazo original de dichas financiaciones no sea inferior a 5 años y el plazo remanente hasta su vencimiento no sea inferior a 1 año; b) No podrán contener cláusulas de rescate, reembolso o amortización anticipada ejecutables a voluntad del deudor; c) Se permite su convertibilidad en acciones o participaciones de la entidad emisora, cuando ello sea posible, y pueden ser adquiridas por la misma al objeto de la citada conversión; d) El pago de los intereses se suspenderá en el supuesto de que la entidad de crédito haya presentado pérdidas en el semestre natural anterior.

Por tanto, las obligaciones subordinadas tienen rasgos similares a los valores representativos del capital en su rango jurídico, ya que se postergan detrás del resto de acreedores, sirviendo de última garantía, justo delante de los socios de la sociedad, asemejándose a las acciones en dicha característica de garantía de los acreedores.

Tras la promulgación de la *Ley 47/2007*, este producto financiero se rige por lo previsto en los arts. 78 bis y 79 bis LMV; mientras que con anterioridad a dicha normativa MiFID, se regían por lo previsto en el *art. 79 LMV* y en el *RD 629/1993, de 3 de mayo*, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios.

Las participaciones preferentes :

4.- La CNMV describe las participaciones preferentes como valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho de voto, con vocación de perpetuidad y cuya rentabilidad no está garantizada. Se trata de un producto de inversión complejo y de riesgo elevado, que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido. En la misma línea, el Banco de España las define como un instrumento financiero emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija (condicionada a la obtención de beneficios) y cuya duración es perpetua, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor.





Sobre este producto financiero se ha pronunciado específicamente esta Sala en sentencias 244/2013, de 18 de abril ; 458/2014, de 8 de septiembre ; y 489/2015, de 16 de septiembre . En ellas, se resalta la sujeción de estos productos financieros a la normativa MiFID, y con anterioridad, a las previsiones del art. 79 LMV y al RD 629/1993 .

La actividad de las entidades comercializadoras de las participaciones preferentes está sujeta a la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, cuyo artículo 2 h) incluye como valores negociables las participaciones preferentes emitidas por personas públicas o privadas.

Las participaciones preferentes están reguladas en la antes citada Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros. En su artículo 7 se indica que constituyen recursos propios de las entidades de crédito. Cumplen una función de financiación de la entidad y computan como recursos propios, por lo que el dinero que se invierte en ellas no constituye un pasivo en el balance de la entidad. El valor nominal de la participación preferente no es una deuda del emisor, por lo que el titular de la misma no tiene un derecho de crédito frente a la entidad, no pudiendo exigir el pago. La consecuencia de ello es que el riesgo del titular de la participación preferente es semejante, aunque no igual, al del titular de una acción.

A su vez, la Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, no califica la participación preferente como instrumento de deuda, sino como instrumento de capital híbrido al que se ha de aplicar el mismo tratamiento contable y financiero que reciben los recursos propios de la entidad de crédito emisora. De ahí que una primera aproximación a esta figura permite definirla como un producto financiero que presenta altos niveles de riesgo y complejidad en su estructura y condiciones, como así se reconoce en la exposición de motivos del RDL 24/2012 de reestructuración y resolución de entidades de crédito.

Otra característica fundamental de las participaciones preferentes es que no se atribuye al titular de las mismas un derecho a la restitución de su valor nominal, por lo que son valores perpetuos y sin vencimiento. Las participaciones preferentes cotizan en los mercados secundarios organizados y, en los supuestos de liquidación o disolución de la entidad de crédito emisora o de la dominante, darán derecho a obtener exclusivamente el reembolso de su valor nominal junto con la remuneración devengada y no satisfecha, que no hubiera sido objeto de cancelación, situándose, a efectos del orden de prelación de créditos y frente a lo que su nombre pueda erróneamente hacer interpretar, inmediatamente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la entidad de crédito emisora o de la dominante del grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito y delante de los accionistas ordinarios y, en su caso, de los cuota-partícipes”.

CUARTO.- En esa misma resolución, en lo que respecta a la caducidad de la acción, se dice lo que sigue:

“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 489/2015, de 16 de septiembre , y 769/2014, de 12 de enero de 2015 , 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».

QUINTO.- En cuanto a la legitimación de la demandante, el hecho de que se produjera un canje de las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas por acciones (impuesto a la entidad bancaria por el FROB).

A este respecto se dan por reproducidas las consideraciones que se hacen en la sentencia, en su fundamento tercero, en cuanto al interés legítimo de la actora para pedir la nulidad de los contratos litigiosos, pues la aceptación del canje fue una opción lógica para minimizar el perjuicio sufrido, a causa de unas operaciones inversoras que suscribieron por error, como se verá.. Como se dice en la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 22 de enero de 2.015, alegada por la parte demandada, así como en otras también citadas en el escrito de oposición al recurso, también en este caso se desconoce por la recurrente "que la reconversión, que reduce drásticamente el valor de las obligaciones, es obligatoria y ante esa situación, si se ofrece al preferente la posibilidad de adquisición de acciones por el Fondo, parece evidente que el demandante decidiese prescindir de las repetidas acciones, lo que no impide dar a la nulidad (...) los efectos que legalmente le son atribuibles desde el propio Código Civil.

En la sentencia del Tribunal Supremo antes citada, tras concluir que el consentimiento de los demandantes fue viciado por error por la falta de conocimiento adecuado de los productos contratados y de los concretos riesgos asociados a los mismos, añade que a ello "no es óbice que en el caso de los depósitos estructurados el capital fuera reembolsado a los clientes a sus respectivos vencimientos, puesto que ello tendrá trascendencia respecto del contenido económico concreto de la restitución de las prestaciones, pero no afecta al vicio de nulidad".

SEXTO.- A las alegaciones relativas a la inexistencia del vicio invalidante, a las del deber de diligencia del inversor y a las referentes a la propia conducta del banco, que la recurrente estima apropiada al caso, también da respuesta la S.T.S. De 25-2-2016:

(F.3º) "B) Los deberes de información y el error vicio del consentimiento en los contratos de inversión.

1.- Las *sentencias del Pleno de esta Sala núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014* , y *769/2014, de 12 de enero de 2015* , así como la *sentencia 489/2015, de 16 de septiembre* , recogen y resumen la jurisprudencia dictada en torno al error vicio en la contratación de productos financieros y de inversión. Afirmábamos en esas sentencias, con cita de otras anteriores, que 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. Es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que la equivocación se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

2.- El *art. 1266 CC* dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer (además de sobre la persona, en determinados casos) sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (*art.*





1261.2 del mismo Código Civil). La jurisprudencia ha exigido que el error sea esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones, respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa (*sentencia núm. 215/2013, de 8 abril*).

3.- El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. El Código Civil no menciona expresamente este requisito, pero se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe. La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba al contratar. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además 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.

En definitiva, el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración.

4.- En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por *esta sala en las citadas sentencias núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014* , y *núm. 769/2014, de 12 de enero* , entre otras.

5.- La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las





presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

No se trata de cuestiones relacionadas con los móviles subjetivos de los inversores (la obtención de beneficios si se producen determinadas circunstancias en el mercado), irrelevantes, como tales, para la apreciación del error vicio. La trascendencia que la normativa reguladora del mercado de valores reconoce a la información sobre los riesgos aparejados a la inversión, al exigir una información completa y comprensible sobre tal cuestión, muestra su relación directa con la función económico-social de los negocios jurídicos que se encuadran en el ámbito de la regulación del mercado de valores.

6.- En el caso enjuiciado, las razones que llevaron a la Audiencia Provincial a revocar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia estuvieron basadas en una valoración jurídica de la cuestión que esta Sala, a la luz de su jurisprudencia reiterada, no considera correcta. La información suministrada por "Caixa Catalunya" a los demandantes no puede calificarse como suficiente y no se ajusta a los parámetros exigidos por la normativa que entonces estaba vigente.

Sobre este particular, las *sentencias de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre* , y *núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015* , declararon que, en este tipo de contratos, la empresa que presta servicios de inversión tiene el deber de informar, y de hacerlo con suficiente antelación. El *art. 11 de la Directiva 1993/22/CEE* , de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, establece que las empresas de inversión tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente «en el marco de las negociaciones con sus clientes». El *art. 5 del anexo del RD 629/1993* , aplicable a los contratos anteriores a la Ley 47/2007, exigía que la información «clara, correcta, precisa, suficiente» que debe suministrarse a la clientela sea «entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación». Y el *art. 79 bis LMV reforzó tales obligaciones para los contratos suscritos con posterioridad a dicha Ley 47/2007* .

La consecuencia de todo ello es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente.

No se cumple este requisito cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto, y en este caso hubo asesoramiento, en tanto que los clientes adquirieron los diferentes productos -depósitos estructurados, obligaciones subordinadas y participaciones preferentes - porque les fueron ofrecidos por la empleada de "Caixa Catalunya" con la que tenían una especial relación. Para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado "ad hoc" para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por la demandante y la entidad financiera. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición.

7.- En este caso, no consta que hubiera esa información previa, más allá de las afirmaciones





interesadas de la empleada de la entidad, que no pueden suplir el rastro documental que exige la normativa expuesta y que en este caso brilla por su ausencia; y ni siquiera la información que aparecía en las órdenes de compra de los productos, prerredactadas por la entidad financiera, era adecuada, puesto que no se explicaba cuál era la naturaleza de los productos adquiridos, no se identificaba adecuadamente al emisor de las participaciones preferentes, los datos que se contenían ofrecían una información equivocada, o cuanto menos equívoca, sobre la naturaleza de los productos (como era la del plazo, cuando en realidad se trataba de participaciones perpetuas), y no se informaba sobre sus riesgos. En suma, la información que la sentencia recurrida declara recibida es insuficiente conforme a las pautas legales exigibles”.

Y añade en el F.4º lo que sigue:

“6.- Dijimos en las *sentencias de Pleno num. 840/2013, de 20 de enero de 2014, 460/2014, de 10 de septiembre, y 769/2014 de 12 enero de 2015*, por citar sólo algunas de las que han abordado productos similares a los ahora tratados, que el incumplimiento por las empresas que operan en los mercados de valores de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes puede incidir en la apreciación del error, y más concretamente en su carácter excusable. La normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes, no solo a los efectivos, también a los potenciales.

La LMV, en la redacción anterior a la transposición de la *Directiva MiFID, ya establecía en su art. 79*, como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de «asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...]». Y tras la incorporación de la *Directiva MiFID, el nuevo art. 79 .bis LMV* sistematizó mucho más la información a recabar por las empresas de inversión sobre sus clientes, su perfil inversor y sus necesidades y preferencias inversoras.

7.- El alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor fue detallado en las normas reglamentarias de desarrollo de la LMV (Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, y Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, según estuviera ya o no en vigor la normativa MiFID). Resumidamente, las empresas de inversión debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, solicitando de sus clientes información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. Especial rigor se preveía en lo relativo a la información que las empresas debían facilitar a sus clientes. Y con posterioridad a la reforma de 2007, realizando los test de conveniencia y/o idoneidad precisos para asegurarse de la adecuación del producto al perfil inversor del cliente.

8.- El incumplimiento por la demandada del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a su cliente, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de los demandantes sea excusable. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como declaramos





en las *sentencias de Pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014* , y *460/2014, de 10 de septiembre* , «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».

Cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (*art. 12 Directiva y 5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo*), en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico.

9.- Que los clientes hubieran contratado anteriormente productos similares no conlleva que tuvieran experiencia inversora en productos financieros complejos, si en su contratación tampoco les fue suministrada la información legalmente exigida. Como ya declaramos en las *sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril* , y *769/2014, de 12 de enero de 2015* , para la entidad de servicios de inversión la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Como hemos afirmado en las *sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril* , *769/2014, de 12 de enero de 2015* , y *489/2015, de 15 de septiembre* , la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto. El hecho de tener un patrimonio considerable, o que los clientes hubieran realizado algunas inversiones previas no los convierte tampoco en clientes expertos, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera a los demandantes una información adecuada para contratar el producto con conocimiento y asunción de los riesgos de una inversión compleja y sin garantías. La contratación de algunos productos de inversión con el asesoramiento de Caixa Catalunya, sin que la entidad pruebe que la información que dio a los clientes fue mejor que la que suministró en el caso objeto del recurso, y en concreto, que fue la exigida por la normativa del mercado de valores, solo puede indicar la reiteración de la entidad financiera en su conducta incorrecta, no el carácter experto de los clientes.





concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Como hemos afirmado en las *sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril* , *769/2014, de 12 de enero de 2015* , y *489/2015, de 15 de septiembre* , la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto. El hecho de tener un patrimonio considerable, o que los clientes hubieran realizado algunas inversiones previas no los convierte tampoco en clientes expertos, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera a los demandantes una información adecuada para contratar el producto con conocimiento y asunción de los riesgos de una inversión compleja y sin garantías. La contratación de algunos productos de inversión con el asesoramiento de Caixa Catalunya, sin que la entidad pruebe que la información que dio a los clientes fue mejor que la que suministró en el caso objeto del recurso, y en concreto, que fue la exigida por la normativa del mercado de valores, solo puede indicar la reiteración de la entidad financiera en su conducta incorrecta, no el carácter experto de los clientes”.

En aplicación de la doctrina expuesta, no se aprecia que la juez de primer instancia haya incurrido en error al valorar las pruebas practicadas: la entidad demandada y la actora tenían una vinculación de asesoramiento financiero; los productos litigiosos le fueron ofrecidos por el banco al cliente, con la consiguiente conducta activa o de iniciativa de la entidad; en tal caso el deber de información al que ya se ha echo reiterada referencia era el máximo, superior desde luego al que surgiría de un contrato de mera gestión; la demandante y su fallecido esposo eran pequeños ahorradores, que eran clientes del banco desde hacia tiempo, teniendo una relación de confianza con el director de la sucursal, D. _____, como este mismo reconoció en el acto de la vista oral, al igual que el carácter de cliente minorista de los demandantes, su perfil conservador, que D. _____ era albañil y D^a _____ ama de casa, que no tenían un especial nivel de estudios ni preparación financiera y carecían de asesor fiscal externo, pudiendo decirse que tal función la realizaba D. _____.

SÉPTIMO.- El último motivo del recurso denuncia error en la valoración de la prueba en relación con la doctrina de los actos propios, que la demandada estima de aplicación al caso.

Para aplicar la doctrina de los actos propios, entendidos como aquellos que por su carácter trascendental o por constituir convenio, causen estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, o vayan encaminados a modificar o extinguir algún derecho que no pueda ser alterado por quien se haya obligado a respetarlo, es preciso que tales actos, además de válidos, probados, producto de una manifestación espontánea y libre de la voluntad, exteriorizados de forma expresa o tácita pero en todo caso inequívoca, tengan una significación jurídica inequívoca, de tal modo que entre dicha conducta y la pretensión luego ejercitada exista una incompatibilidad o contradicción. En este sentido se viene manifestando reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras muchas, en sus sentencias de 9-5 y 26-7 de 2.000, 31-10 y 21-12 de 2.001, 13-3 y 28-11 de 2.003.

La consecuencia de la aplicación de dicha doctrina es la inadmisibilidad de venir contra los propios actos, lo que constituye técnicamente un límite para el ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, derivado del principio de la buena fe y particularmente, dentro del tráfico jurídico, de la necesidad de observar un comportamiento coherente.





En este caso, la percepción por parte de los clientes de los intereses que devengaban las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas no puede valorarse como "acto propio". Como en el caso tratado por esta Audiencia en la sentencia de 15-11-2012, estamos simplemente ante el desarrollo de un contrato, sin que resulte que los demandantes tuvieran ya conocimiento cabal de los riesgos de la operación, tratándose además de actos posteriores a la celebración de los contratos que no pueden suplir el consentimiento que, en todo caso, debe concurrir en el momento de la celebración (art. 1.261 C.C.), a lo que cabe añadir que, e Tribunal Supremo, como indica la apelada, ha declarado que los actos que pueden ser tenidos como "propios", deben ser válidos y eficaces en derecho, lo que no ocurre cuando están viciados de error, "ya que aquel conocimiento viciado es notoriamente incompatible con la exigida intención manifiesta" (S.T.S. De 28-9-2009)

OCTAVO.- Por todo lo dicho, debe desestimarse el recurso, con la consecuencia, en materia de costas, previstas en los arts. 398.1º y 394.1º L.E.C.

FALLO

Desestimando el recurso formulado contra la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia nº 9 de Santa Cruz de Tenerife en el juicio ordinario nº 635/14, se confirma íntegramente dicha resolución, con imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, que se interpondrán ante esta Sección de la Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a partir de su notificación.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, y demás efectos legales.

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

