



Roj: **STS 3358/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3358**

Id Cendoj: **28079110012019100535**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/10/2019**

Nº de Recurso: **1816/2017**

Nº de Resolución: **564/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP LE 301/2017,**  
**STS 3358/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 564/2019**

Fecha de sentencia: 23/10/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1816/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/10/2019

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M. Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE LEÓN. SECCIÓN 2.<sup>a</sup>

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 1816/2017

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M. Ángeles Parra Lucán

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 564/2019**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.<sup>a</sup> M. Ángeles Parra Lucán

D. Jose Luis Seoane Spiegelberg



En Madrid, a 23 de octubre de 2019.

Esta sala ha visto ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Alberto , representado por el procurador D. Juan Carlos Martínez Rodríguez y bajo la dirección letrada de D. Máximo Luis Barrientos Fernández, D. Manuel H. Castro González y de D.ª Silvia Judith Álvarez González, contra la sentencia n.º 68/2017 dictada en fecha 8 de marzo por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de León en el recurso de apelación n.º 212/2016 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 387/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de León, sobre declaración de nulidad de contrato de crédito. Ha sido parte recurrida Banco Popular Español S.A. y Popular Banca Privada S.A., representados por la procuradora D.ª M.ª José Bueno Ramírez y bajo la dirección letrada de D. Jorge Capell Navarro.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M. Ángeles Parra Lucán.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- D. Alberto interpuso demanda de juicio ordinario contra las entidades financieras Banco Popular Español S.A. y Popular Banca Privada S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia que declare:

"LA INEXISTENCIA O SUBSIDIARIAMENTE LA NULIDAD DE:

"I.- Los distintos contratos, órdenes y pólizas por los que se efectuó por mi mandante desde el año 2007, operaciones de inversión en productos financieros complejos y operaciones de financiación, en el marco de los servicios de asesoramiento en materia de inversión y servicios auxiliares prestados por Popular Banca Privada S.A. y por Banc de Castilla S.A.:

"a) Operación de suscripción del contrato financiero a plazo Athena Popular 100% 3YRS, de fecha 13/08/2007.

"b) Póliza de contrato de cuenta de crédito n.º NUM000 , de fecha 10 de agosto de 2007 y su cláusula de pignoración.

"c) Póliza de préstamo n.º NUM001 , de fecha 16 de agosto de 2007 y su cláusula de pignoración.

"d) Operación de suscripción de fondos FI PBP BRIC DINÁMICO, de fecha 12/02/2008.

"e) Operación de suscripción del contrato financiero a plazo VENUS 5 AÑOS, de fecha 14/02/2008.

"f) Operación de suscripción del contrato de imposición a vencimiento AUTOCANCELABLE BBVA A 4 AÑOS, de fecha 04/03/2008.

"g) Operación de suscripción de bonos subordinados necesariamente canjeables en acciones de Banco Popular Español S.A., 1/2009, de fecha 23/10/2009.

"h) Operación de fecha 10/05/12, de canje de bonos subordinados necesariamente canjeables en acciones de Banco Popular Español S.A. 1/2009, por bonos subordinados obligatoriamente convertibles 11/2012-Banco Popular Español S.A.

"II.- Operaciones de refinanciación en el mes de agosto de 2010:

"a) Póliza de contrato de cuenta de crédito n.º NUM000 , de fecha 10 de agosto de 2010 (renovación de la cuenta n.º NUM000 ) y su cláusula de pignoración.

"b) Póliza de préstamo n.º NUM002 , de fecha 16 de agosto de 2010 (renovación de la n.º NUM001 ) y su cláusula de pignoración.

"III.- Los distintos contratos, órdenes y pólizas relativas a la participación en la ampliación del capital del Banco Popular del año 2012:

"a) Operación de 5 de diciembre de 2012 de suscripción de 227.961 acciones utilizando los derechos de suscripción preferente correspondientes a las 75.987 acciones del Banco Popular recibidas por la amortización del CFA ATHENA POPULAR 100% 3YRS.

"b) Póliza de préstamo n.º NUM004 de fecha 29 de marzo de 2012 y su cláusula de pignoración.

"c) Póliza de pignoración de valores, de fecha 29 de marzo de 2012, por la que se constituye garantía de prenda sobre las 11.721 acciones del BBVA, entregadas en concepto de amortización a vencimiento del CFA AUTOCANCELABLE BBVA 4 AÑOS, en fecha 15 de marzo de 2012.

IV.- Operaciones de refinanciación en el mes de agosto de 2013:



"a) Póliza de contrato de cuenta de crédito n.º NUM000 , de fecha 1 de agosto de 2013 (renovación a su vez de la cuenta n.º NUM000 ) y su cláusula de pignoración.

"b) Póliza de préstamo n.º NUM003 , de fecha 2 de agosto de 2013 (renovación de la n.º NUM002 ) y su cláusula de pignoración,

"y, todo ello, con restitución recíproca de las prestaciones aportadas/percibidas por ambas partes contratantes, más los intereses legales devengados por el capital invertido por mi mandante, en concepto de abono de liquidaciones de intereses, comisiones, gastos y amortización de capital derivados de todas las pólizas de préstamo y de contrato de cuenta de crédito, desde la fecha de sus respectivas suscripciones, así como el interés del artículo 576 LEC desde la fecha de la sentencia en primera instancia, con expresa imposición de costas a las entidades demandadas y con todo lo demás a que en derecho haya lugar y proceda.

2.- La demanda fue presentada el 28 de abril de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de León y fue registrada con el n.º 387/2014. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Popular Banca Privada S.A. y Banco Popular Español S.A. contestaron a la demanda mediante escrito en el que solicitaban la desestimación íntegra de la demanda con absolución de los demandados y expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de León dictó sentencia de fecha 10 de diciembre de 2015, con el siguiente fallo:

"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Alberto , representado por el procurador sr. Martínez Rodríguez contra Popular Banca Privada S.A., representada por el procurador sr. Del Fueyo Álvarez:

"1) Debo declarar y declaro nulos el contrato sobre el CFA Venus 5 años celebrado entre D. Alberto y Popular Banca Privada S.A. el 14 de febrero de 2008 del contrato sobre el CFA Autocancelable BBVA a 4 años celebrado entre las mismas partes el 4 de marzo de 2008 y del contrato sobre bonos subordinados necesariamente canjeables por acciones Banco Popular 1/2009 celebrado entre las mismas partes el 23 de octubre de 2009, con anulación también del canje de dichos bonos subordinados por bonos subordinados obligatoriamente convertibles en acciones Banco Popular II/2012, ocurrido el 10 de mayo de 2012. Con la consecuencia de que la demandada devolverá al demandante los precios desde la fecha de su abono, y el demandante habrá de reintegrar a la demandada los títulos y rendimientos percibidos, computándose a estos efectos los rendimientos según su importe bruto, esto es, sin descontar las retenciones a efectos fiscales que la demandada haya efectuado en cumplimiento de los deberes que le impone la legislación fiscal para el aseguramiento de la satisfacción de las obligaciones tributarias del inversor. Además el demandante deberá devolver los intereses legales generados por los rendimientos derivados de los productos financieros cuya suscripción se ha anulado desde las fechas de sus respectivos abonos.

"2) Debo declarar y declaro nulo el contrato de crédito de fecha 10 de agosto de 2007 celebrado entre D. Alberto y Banco de Castilla S.A. actualmente Banco Popular S.A., así como sus renovaciones operadas en fechas 10 de agosto de 2010 y 1 de agosto de 2013, con la única salvedad de la disposición de dicho crédito efectuada para el pago del precio del FI PBP BRIC Dinámico por importe de 150.000 euros, cantidad cuya amortización habrá de calcularse con sujeción a las condiciones pactadas en la póliza de crédito, aplicando a su liquidación las cantidades ya abonadas por D. Alberto para la satisfacción del saldo derivado del crédito. Respecto del resto de las cantidades dispuestas del crédito, D. Alberto únicamente devolverá el capital efectivamente dispuesto, más el interés legal devengado desde la fecha de cada disposición, aplicándose a dicha devolución las cantidades ya abonadas por el demandante para satisfacción del crédito, en lo que excedan de lo necesario para la amortización de la disposición de 150 euros que se destinaron al pago del FI PBP BRIC Dinámico.

"3) Sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta instancia".

5.- D. Alberto solicitó aclaración y complemento de la sentencia y mediante auto de fecha 26 de enero de 2016. El Juzgado dispuso no haber lugar a dicho complemento o aclaración.

#### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Alberto .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de León, que lo tramitó con el número de rollo 212/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 8 de marzo de 2017, con el siguiente fallo:

"Que desestimando como desestimamos el recurso de apelación planteado por el procurador D. Juan Carlos Martínez Rodríguez en nombre y representación de D. Alberto contra la sentencia de fecha 10 de diciembre de



2015, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de León, en el juicio ordinario seguido con el n.º 387/14, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con expresa condena de las costas de esta alzada a la parte recurrente".

### **TERCERO** .- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- Alberto interpuso recurso de casación.

El único motivo del recurso de casación fue el siguiente:

"Único: Al amparo de las normas de los apartados 1, 2.3.º y 3 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción del artículo 1311 del Código Civil".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 10 de abril de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Alberto contra la sentencia dictada con fecha 8 de marzo de 2017, por la Audiencia Provincial de León (Sección Segunda), en el rollo de apelación n.º 212/2016, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 387/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de León".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 16 de septiembre de 2019 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 16 de octubre de 2019, en que ha tenido lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO**.- En este litigio se plantea si la acción de nulidad por error vicio del consentimiento en la contratación de un producto financiero quedó extinguida por haber sido confirmado el contrato tácitamente por el cliente.

1.- En el caso, se interpone demanda solicitando la nulidad de varios contratos financieros por error derivado de la falta de información proporcionada por la entidad, así como la nulidad de varios contratos de préstamo concertados para financiar las correspondientes contrataciones.

El juzgado y la Audiencia estiman la demanda respecto de varios contratos, pero la desestiman respecto de otros por entender, en un caso, que la acción se había interpuesto pasado el plazo de cuatro años del art. 1301 CC y, en otro, que es el que interesa a efectos del presente recurso, que el contrato fue válidamente confirmado.

2.- Dice el juzgado a este respecto:

"Distinto de la existencia de un plazo de caducidad de la acción para instar la anulación del contrato, pero relacionado con las diferencias entre anulabilidad y nulidad radical, es la posibilidad de confirmación de contratos en que el consentimiento prestado por una de las partes adolezca de algún vicio, posibilidad que, como se expone en la sentencia de la Audiencia Provincial de León citada al principio de este fundamento de derecho, es contemplada en los artículos 1.309 1.310 del Código Civil, que prevén la extinción de la acción de nulidad, en el caso de contratos que reúnan los requisitos expresados en el artículo 1.261 del Código Civil, esto es, los que no adolezcan de nulidad radical, desde el momento en que el contrato haya sido confirmado válidamente, confirmación que, según dispone el artículo 1.311 del Código Civil, puede hacerse expresa o tácitamente, considerándose tácitamente confirmado el contrato cuando, con conocimiento de la causa de nulidad, y habiendo ésta cesado, el que tuviera derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo. En el supuesto de autos, después de vencido el CFA Athena, que ha de recordarse fue amortizado el 9 de agosto de 2010 y, por tanto, una vez que necesariamente hubo de desaparecer el error en que, en su caso, hubiera incurrido el demandante al contratarlo, en tanto que el nivel de riesgo asumido y el real comportamiento en el mercado de este instrumento financiero se evidenciaron para él al conocerse el resultado de la inversión, que se liquidó, sin abono de efectivo alguna, con la entrega a D. Alberto, de 75.987 acciones de Banco Popular, el demandante, antes de que expirase el plazo de 4 años para el ejercicio de la acción de nulidad, más precisamente anulabilidad, por vicio en el consentimiento, ejercitó su derecho de suscripción preferente, para el que estaba facultado únicamente en su condición de titular de acciones de Banco Popular, para concurrir a la ampliación de capital de la citada entidad que tuvo lugar, según se señala



en la demanda, los días 14 y 28 de noviembre de 2012, constituyendo esta operación de ejercicio del derecho de suscripción preferente un acto de confirmación del contrato de suscripción del CFA Athena que extinguió la acción de nulidad que hubiera podido ejercitarse en impugnación del mismo, en tanto que el demandante, en lugar de instar la anulación del contrato en el plazo legalmente previsto al efecto, una vez conocido el resultado del mismo, lo que hizo fue aceptar dicho resultado, esto es, aceptar la adquisición como consecuencia del mismo de 75.987 acciones de Banco Popular, ejercitando un derecho de suscripción preferente de acciones que le correspondía como titular de las acciones que había recibido como consecuencia contrato CFA Athena, consignándose la suscripción de estas acciones en el apunte contable, por un valor de 91.412,36 euros, de fecha 28 de noviembre de 2012 que consta en el extracto aportado como documento 11 del bloque documental 10 de la demanda, teniendo también asiento dicho importe en el documento 12 del mismo bloque documental 10. En la demanda se señala que el ejercicio del derecho de suscripción preferente de acciones del Banco Popular vino determinado por el asesoramiento del director de la oficina de dicho Banco a través de la cual operaba el demandante, que recomendó tal operación al demandante como única solución a la complicada situación financiera en que se encontraba D. Alberto a consecuencia del apalancamiento de sus inversiones y la mala marcha de éstas, sin embargo, aún admitiendo que se produjese una recomendación personalizada al demandante para que concurriese a la ampliación de capital de Banco Popular ejerciendo sus derechos de suscripción preferente, no puede desconocerse que las acciones ordinarias admitidas a cotización en un mercado regulado, que es el valor adquirido por el demandante al concurrir a la ampliación de capital, no están calificadas como instrumento financiero complejo por la Comisión-Nacional del Mercado de Valores, en atención a lo dispuesto por el artículo 79 bis 8 a) de la Ley de Mercado de Valores, y el demandante no podía ignorar el riesgo inherente a las acciones de Banco Popular por la volatilidad de su valor de cotización, no solo porque la variabilidad del precio de las acciones es conocida por cualquier persona con una cultura media, sin necesidad de especiales conocimientos financieros, sino que además el demandante necesariamente había de ser consciente de la volatilidad del precio de la acción de Banco Popular aun cuando solo fuera por el hecho de que había sido la mala evolución de dicha acción lo que había provocado el fracaso de su inversión en el CFA Athena, de la que la acción del Banco Popular era el valor subyacente, por lo que difícilmente puede concluirse que concurriese error esencial y excusable en el demandante en esta concreta contratación, esto es, en la suscripción de acciones de Banco Popular en ejercicio del derecho de suscripción preferente derivado de la titularidad de las acciones de dicha entidad recibidas al liquidarse el CFA Athena. Por lo demás, difícilmente puede concluirse que el demandante desconociese la trascendencia jurídica, distinta de la financiera, del ejercicio del derecho de suscripción preferente, como facultad inherente a la titularidad de acciones de una determinada sociedad. Por otra parte, y aun cuando no guarde relación directa con el conocimiento que el demandante tenía de las características y riesgos de esta inversión al tiempo de acudir a la ampliación de capital del Banco Popular, debe señalarse que la operación ha resultado mutante para el demandante, según se sigue del informe pericial aportado por su defensa, en concreto de las páginas 45 y 46 del mismo. En consecuencia, de todo lo expuesto se sigue que no cabe declarar la nulidad del contrato de suscripción del CFA Athena de fecha 13 de agosto de 2007, que fue objeto de confirmación tácita, y tampoco la nulidad de la suscripción de acciones del Banco Popular efectuada el 28 de noviembre de 2012, en la que no cabe concluir que concurriera error esencial y excusable del demandante que viciara su consentimiento".

Más adelante, el juzgado, que ha admitido la nulidad de los préstamos concertados vinculados a los contratos que ha declarado nulos, por lo que se refiere a los préstamos concertados para financiar la suscripción del CFA Athena Popular y la concurrencia a la ampliación de capital de Banco Popular dice:

"Partiendo de la premisa de que la nulidad de los contratos de préstamo y crédito a que se refiere la demanda ha de abordarse desde la perspectiva de su unidad intencional con los contratos de suscripción de productos financieros que se han considerado nulos en el fundamento de derecho anterior, resulta que no existe causa para la declaración de nulidad del contrato de préstamo celebrado en fecha 16 de agosto de 2007, ni del contrato de préstamo celebrado en fecha 29 de marzo de 2012, ni de las posteriores novaciones del primero, y esto porque el contrato de préstamo de fecha 18 de agosto de 2007 no tuvo más finalidad que la financiación del precio del CFA Athena Popular, que no ha sido declarado nulo, y el contrato de préstamo de 29 de marzo de 2012 se contrató únicamente con la finalidad de sufragar parcialmente el coste de concurrir. D. Alberto a una ampliación de capital de Banco Popular mediante el ejercicio de los derechos de suscripción preferente de los que era titular, operación que tampoco ha sido declarada nula, dicho lo anterior sin perjuicio de que la garantía de pignoración sane acciones del Banco Bilbao Vizcaya quede sin efecto como consecuencia de la declaración de la nulidad del contrato sobre el CFA Autocancelable BBVA a 4 años que implica restitución de las acciones de BBVA recibidas por D. Alberto a Popular Banca Privada, S.A."

**3.-** El demandante interpone recurso de apelación, que es desestimado.

Por lo que interesa a efectos del presente recurso, dice la Audiencia:



"5.- Asimismo, hemos dicho en la sentencia 535/2015, de 15 de octubre, confirmación de los contratos viciados por error, que: "[l]a confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración".

"La aplicación de la anterior doctrina al caso de autos, nos lleva a examinar la documental aportada al procedimiento y así nos encontramos con que el Operación de Suscripción del Contrato Financiero a plazo ATHENA POPULAR.100% 3 YRS, suscrita con fecha 13-08-2007, por el actor, es un Contrato Financiero a plazo, que tiene como subyacente acciones del Banco Popular Español S.A, en el que se estipula, para el supuesto de Amortización a Vencimiento: Que si el precio oficial del cierre de la acción subyacente sea inferior a Strike, en este caso el cliente recibirá acciones del subyacente, igual al número entero que resulte de aplicar la fórmula. Llegado el vencimiento del contrato, 9 de agosto de 2010, se produjo el peor de los escenarios previsto en el mismo, por lo que en lugar de recibir unos beneficios sobre el capital invertido, fue liquidado, sin abono de efectivo alguno, con la entrega al actor de 75.987 acciones de Banco Popular. En ese momento, hemos de coincidir con la Juzgadora de instancia, es cuando D. Alberto tiene definitivo conocimiento de los resultados de la inversión, y cuando ya tuvo que desaparecer el error, en que, hubiera podido incurrir en su caso, acerca de los riesgos del producto, que no se puede obviar se trataba de una operación de derivados financieros altamente especulativa, y en la que se ponía en juego un capital relevante, mediante la obtención de un préstamo, lo que a su vez requería por parte del inversor, el empleo de cierta diligencia para tratar de averiguar el verdadero alcance del producto en el que invertía.

"No se desconoce por esta Sala, la STS de 17 de junio de 2016, que en un caso de bonos necesariamente convertibles en acciones del Banco Popular, señala: El quid de la información no está en lo que suceda a partir del canje, puesto que cualquier inversor conoce que el valor de las acciones que cotizan en bolsa puede oscilar al alza o a la baja. Sino en lo que sucede antes del canje, es decir, que al inversor le quede claro que las acciones que va a recibir no tienen por qué tener un valor necesariamente equivalente al precio al que compró los bonos, sino que pueden tener un valor bursátil inferior, en cuyo caso habrá perdido, ya en la fecha del canje, todo o parte de la inversión.

"Dado que, como consecuencia del canje, el inversor en obligaciones convertibles obtendrá acciones, podrá ser consciente, con independencia de su perfil o de su experiencia, de que, a partir de dicho canje, su inversión conlleva un riesgo de pérdidas, en función de la fluctuación de la cotización de tales acciones. Desde ese punto de vista, no resultaría relevante el error que haya consistido en una frustración de las expectativas del inversor sobre la evolución posterior del precio de las acciones recibidas. Sino que el error relevante ha de consistir en el desconocimiento de la dinámica o desenvolvimiento del producto ofrecido, tal y como ha sido diseñado en las condiciones de la emisión y, en particular, en el desconocimiento de las condiciones de la determinación del precio por el que se valorarán las acciones que, se cambiarán, puesto que, según cuál sea este precio, se recibirá más o menos capital en acciones.

"Pero es que, en este caso, el actor dos años después de tener pleno conocimiento de todos los efectos perjudiciales del producto contratado, ejerció libre y voluntariamente su derecho de suscripción de acciones preferente, como titular de las 75.987 acciones, y para el que estaba facultado únicamente en su condición de titular de acciones del Banco Popular, concurriendo a la ampliación de capital de la citada entidad que tuvo lugar el 14 y el 28 de noviembre de 2012, adquiriendo 3 por cada una de las acciones, con un número total de 227.961 acciones del Banco Popular S.A., y por un valor total de 91.412,36 euros.

"No nos encontramos, por tanto ante un supuesto en el que se trate de un nuevo canje "forzado", ante el riesgo cierto de que la situación se vaya agravando y suponga un importante quebranto económico, o con la finalidad de minimizar los malos resultados de un producto y con ello de disminuir los riesgos, y los efectos negativos de los malos resultados, o pérdidas sufridos con el contrato financiero a plazo suscrito, sino de un supuesto, en el que con conocimiento cabal, preciso y claro del vicio que afecta al contrato y de todos los riesgos inherentes al mismo, ante los resultados negativos alcanzados al ser el precio oficial de cierre de la acción subyacente al vencimiento del producto inferior al Strike, lo que motivó que percibiera un número de acciones, y habiendo cesado éste, y por ende el error vicio, y aquí sí se debe valorar el perfil del actor, notario de profesión, pues aunque en sentencias como la de 28 de mayo de 2012, Sección 1.ª de esta AP se diga que "el demandante es notario pero no es un experto financiero", y en este supuesto, se admita igualmente que el actor no sea un experto financiero, sin embargo, no parece que pueda cuestionarse, que se trate de un cliente o inversor que no se encuentra a posteriori en condiciones de conocer sobradamente el error padecido en su momento, y lo que aún es más relevante de discernir, valorar, conocer el alcance del error vicio padecido, sus consecuencias y posibilidades de actuación, cuando después de más de dos años de la liquidación del producto, en lugar de optar por el ejercicio de la acción de nulidad, se inclina por hacer uso del derecho de suscripción preferente



de acciones que le brinda la entidad bancaria, por el, mero hecho de ser titular de las acciones que se le han entregado al vencimiento del contrato que adolecía de error por vicio de consentimiento, haciendo una nueva inversión por importe de 91.000 euros, en la compra de nuevas acciones, producto que no tiene la condición de complejo, según la normativa del Mercado de Valores, y que le reportaba en aquellos momentos y seguía reportando, resultados positivos, según se desprende de la pericial aportada al procedimiento, al folio 743 vuelta, cuando se emite dicho informe en febrero de 2015.

"Los derechos de suscripción preferente se consideran instrumentos financieros no complejos, y como instrumentos de renta variable, conllevan una inevitable incertidumbre, y la posibilidad no sólo de obtener menores rentabilidades que las previstas, sino también, y con la misma probabilidad, de obtenerlas mayores. La cotización de una acción depende en cada momento de la valoración que los participantes en el mercado realicen de la sociedad emisora. Tal valoración depende de distintos factores, como las expectativas sobre el beneficio futuro de la sociedad y su tasa de crecimiento, o sobre distintos indicadores macroeconómicos, la confianza de los inversores, etc., y aunque la compra de las acciones venga determinada por el asesoramiento del director de la oficina del Banco Popular, no se puede obviar, que dicha operación de compra, se lleva a cabo conociendo como cotizan dichas acciones, que se trata de un producto que cotiza en bolsa; y que como tal, depende de las fluctuaciones del mercado de valores, conllevando todo ello, en aplicación de la doctrina del TS, que reiteradamente viene sosteniendo en, los últimos tiempos que "para poder tener voluntad de renunciar a la acción de nulidad derivada de error consensual, es preciso tener conocimiento claro y preciso del alcance de dicho error y que aquél haya cesado", que pueda, entenderse que el recurrente, con la suscripción de las nuevas acciones que adquiere con pleno conocimiento de las características del producto, y cuando ya es absolutamente consciente del alcance del error en que incurrió al contratar la Operación de Suscripción del Contrato Financiero a plazo ATHENA POPULAR 100% 3 YRS, de fecha 13-08-2007, y habiendo cesado ya en el mismo, está realizando un acto que implica necesariamente la voluntad de renunciar a la acción de nulidad, subsanado de este modo el contrato inicial, mediante la confirmación del negocio por sus actos propios, es decir por el conocimiento íntegro del riesgo asumido, debiendo por ende entenderse que ha cesado la causa de nulidad tal y como requiere el art. 1311 del C. Civil.

"Lo expuesto, hace que resulte inviable declarar la nulidad de la Operación de Suscripción del Contrato Financiero a plazo ATHENA POPULAR 100% 3 YRS, de fecha 13-08-2007, y de la Operación de 5 de diciembre de 2012 de suscripción de 227.961 acciones del Banco Popular S.A., mediante el ejercicio de los derechos de suscripción preferente correspondientes a las 75.987 acciones del Banco Popular recibidas por la amortización del CFA ATHEA POPULAR 100% 3YRS, y de la nulidad de la Póliza de Préstamo n° NUM001, de fecha 16 de agosto de 2007, y sus posteriores renovaciones operadas en fechas 16 de agosto de 2010 y 2 de agosto de 2013 y de la Póliza de Préstamo n° NUM004, de fecha 29 de Marzo de 2012 y su cláusula de pignoración.

"SEXTO.- Sentado lo anterior, es preciso rechazar la infracción denunciada en el recurso, en torno al error patente, manifestó y notario en la valoración de la prueba, en que se dice ha incidido la Juzgadora de instancia, en cuanto a la valoración de la prueba documental, testifical y pericial de D. Victor Manuel, tanto en relación al informe pericial como en las manifestaciones vertida en el juicio, pues de después de examinar toda la documental y visionar la grabación del juicio, ha de estimarse que la Juzgadora de instancia ha efectuado una correcta valoración de las pruebas practicadas en el proceso, estableciendo como probados, en relación a los productos que han resultado objeto del presente recurso, unos hechos que, razonablemente interpretados, la llevan a concluir tanto la caducidad de la acción, en relación a la Operación de Suscripción de Fondos FI PBP BRIC DINAMICO, de fecha 12-02-2009, en el caso del producto como de la confirmación de la Operación de Suscripción del Contrato Financiero a plazo ATHENA POPULAR 100% 3 YRS, de fecha 13-08-2007, compartiendo esta Sala plenamente tanto la valoración probatoria realizada en la sentencia apelada como la interpretación dada a los hechos, probados que resultan de aquélla, por lo que difícilmente se puede entender que existan motivos fundados para considerar que la apreciación que del material probatorio hace la Juez de instancia sea ilógica o arbitraria, y dado que lo que realmente se pretende por la entidad recurrente es una nueva valoración de la prueba, según su propio análisis, distinto del de la sentencia recurrida, cuando la Juzgadora de instancia ha analizado la prueba según las reglas de su carga y de forma razonada, se ha de entender sin duda, que ha llegado a una decisión totalmente correcta que objetivamente se corresponde con los resultados de la misma".

**4.-** El demandante interpone recurso de casación.

**SEGUNDO.-** *Recurso de casación. Planteamiento*

**1.-** *Motivo y razones del recurso.* El único motivo del recurso de casación denuncia infracción del art. 1311 CC y justifica el interés casacional por la doctrina de la sala sobre la confirmación tácita.



En su desarrollo, el recurrente explica, en primer lugar, que la sentencia recurrida atribuye al ejercicio del derecho de adquisición preferente el valor de acto propio de confirmación del contrato financiero Athena Popular 100% 3 Yrs de 13 de agosto de 2007, contra la jurisprudencia que destaca la naturaleza volitiva de la confirmación. Argumenta que la confirmación es renuncia de la acción o, al menos, se le debe aplicar su régimen jurídico, y reprocha a la sentencia que, sin intentar averiguar la verdadera voluntad de renuncia a la acción del demandante, afirme el efecto confirmatorio siguiendo pautas objetivas, como si se tratara de aplicar la regla "contra factum proprium venire".

En segundo lugar, añade que, en cualquier caso, aunque se adopte un criterio objetivo a la luz del principio de buena fe tampoco se puede entender que haya habido confirmación por hacer uso del derecho de suscripción preferente de las acciones que se le entregaron, pues precisamente por la formación jurídica del demandante (notario) no cabía confiar fundadamente en que no iba a ejercitar la acción de nulidad por el hecho de que tratara de minimizar los daños. Añade que, objetivamente, su conducta no implica necesariamente voluntad de renunciar porque no se trata de la ejecución del contrato anulable sino de la celebración de un negocio diferente, por lo que es indiferente el dato al que alude la sentencia recurrida de que la nueva operación le haya rendido resultados económicos positivos.

Pretende finalmente, que, con estimación del recurso, se declare que la confirmación tácita solo se entiende producida cuando el sujeto legitimado ejecute un acto que evidencie la voluntad de renunciar al ejercicio de la acción, sin que tengan tal naturaleza los actos que pueden tener por finalidad paliar los daños derivados de la ejecución del contrato nulo.

Termina suplicando que, con estimación del recurso, se dicte nueva sentencia por la que se declare la nulidad del contrato financiero Athena Popular 100% 3 YRS, de fecha 13-08-2007 así como de la póliza de préstamo suscrita para su financiación con sus posteriores renovaciones.

**2.- Oposición al recurso de casación.** La parte demandada, ahora recurrida, invoca causas de inadmisión que, de estimarse en este momento procesal, darían lugar a la desestimación del recurso. En particular, argumenta que no se impugna la interpretación o indebida aplicación de una norma jurídica, sino una valoración fáctica, para lo que debió interponerse recurso por infracción procesal.

En cuanto al fondo, la parte recurrida argumenta que, sea cual sea la concepción voluntarista u objetivista que se siga en torno a la confirmación, la solución sería la misma, pues el comportamiento del actor al suscribir la ampliación de capital y ejercer los derechos de suscripción preferente supone una voluntad de renunciar a la acción y en sí mismo es incompatible con el ejercicio de la acción de nulidad del contrato.

### **TERCERO.- Decisión de la sala. Desestimación del recurso**

**1.- Admisibilidad del recurso.** Debemos dar respuesta en primer lugar al óbice de inadmisibilidad mencionado para rechazarlo porque, con independencia de lo que se diga al resolver el recurso de casación, lo que plantea el recurso es una cuestión jurídica acerca de los criterios a los que debe atenderse para apreciar la confirmación de un acto anulable conforme a lo dispuesto en el art. 1311 CC. Procede, en consecuencia, rechazar la causa de inadmisibilidad invocada y entrar a analizar el motivo del recurso.

Procede desestimar el recurso por lo que decimos a continuación.

**2.- Desestimación del recurso.** Conviene advertir que, de las diversas cuestiones planteadas en las instancias solo es objeto de casación la referida a la confirmación del contrato Athena Popular 100% 3 YRS, de fecha 13 de agosto de 2007 (y las consecuencias que se derivarían, en caso de apreciar que no hubo confirmación para la financiación contratada para su contratación). El recurso, en síntesis, sin modificar los hechos probados, impugna la valoración jurídica de la Audiencia acerca de que hubo confirmación del contrato impugnado.

Para dar respuesta a esta cuestión debemos partir del concepto y función de la confirmación y de la jurisprudencia sobre confirmación tácita dictada por esta sala en el seno de procesos sobre nulidad por error vicio del consentimiento en la contratación de productos financieros complejos.

La confirmación purifica al contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración ( art. 1313 CC). El art. 1311 CC admite la confirmación expresa y la confirmación tácita.

La confirmación expresa es una declaración unilateral de voluntad por la que el legitimado para impugnar manifiesta la voluntad de confirmar ( art. 1312 CC), es decir, de conferir definitivamente eficacia al contrato anulable.

Según el art. 1311 CC hay confirmación tácita cuando "con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo". Puesto que, de acuerdo con el art. 1309 CC, desde el momento en que el contrato ha sido





confirmado válidamente "la acción de nulidad queda extinguida", la referencia a la renuncia de la acción en el art. 1311 CC apunta al efecto práctico de la confirmación, que es impedir el ejercicio de la acción.

Esto explica que en la jurisprudencia, el análisis de si los hechos realizados por el legitimado para impugnar el contrato comportan su confirmación no se dirige a identificar una voluntad autónoma de renuncia a la acción. A partir del análisis del comportamiento del titular de la acción se concluye si su conducta es jurídicamente significativa para entender que ha confirmado el contrato y, si es así, el confirmante ya no podrá impugnarlo.

Precisamente porque en la confirmación tácita esa voluntad debe manifestarse mediante actos concluyentes, mediante un comportamiento del que se infiera inequívocamente la voluntad de confirmar, esta sala, en la impugnación de contratos financieros por clientes que habían padecido un error invalidante como consecuencia de la falta de información, ha declarado que no había confirmación por el mero hecho de recibir liquidaciones, o por no protestar inmediatamente al recibir liquidaciones gravosas, ni tampoco por cancelar anticipadamente el contrato mediante la celebración de otro parecido en condiciones que se consideraban más beneficiosas cuando tampoco a la hora de celebrar el nuevo contrato se informó sobre los riesgos que comportaban. Como explica la sentencia 344/2017, de 1 de junio, dicha conducta encuentra justificación en el riesgo cierto de que tal situación se vaya agravando y suponga un importante quebranto económico (sentencia 741/2015, de 17 de diciembre, citada por la posterior 164/2016, de 16 de marzo). Es decir, en evitar la "sangría económica que suponen las sucesivas liquidaciones negativas" (sentencia 503/2016, de 19 de julio). Por ello, en estas ocasiones, la sala ha apreciado que la finalidad de esa actuación no fue la confirmación del contrato viciado, sino enjugar el riesgo de insolvencia que se cernía sobre los clientes si se seguían produciendo liquidaciones negativas (también la sentencia 57/2016, de 12 de febrero). Por esa razón, en estos casos, se ha rechazado también que el cliente fuera contra sus propios actos al ejercer la acción de anulación, pues no había confirmado el contrato.

Pero nada de esto ocurre en el presente caso. El ahora recurrente recibió las acciones de Banco Popular como consecuencia de la liquidación del contrato que ahora impugna, por lo que al menos en ese momento ya cesó el error que pudo padecer al contratar el producto litigioso. Precisamente porque fruto del contrato que impugna devino accionista, pudo concurrir a la ampliación de capital mediante el ejercicio de los derechos de suscripción preferente. En atención a estas circunstancias esta sala considera, al igual que la sentencia recurrida, que cabe inferir una confirmación tácita del contrato.

El comportamiento del demandante no puede justificarse en el mero deseo de evitar el riesgo de enjugar las pérdidas del producto inicialmente contratado, porque el contrato ya estaba amortizado y liquidado. La nueva inversión era posible precisamente por ser accionista, al estar facultado en su condición de titular de las acciones que recibió por la liquidación del producto obtenido en el contrato impugnado. En consecuencia, la conducta del actor, razonablemente, debe ser interpretada como confirmación del contrato por el que había devenido accionista y, por lo mismo, su acción de impugnación no puede prosperar.

Por todo lo anterior, la sentencia recurrida, al considerar que hubo confirmación tácita del contrato Athena Popular 100% 3 Yrs no es contraria a la doctrina de la sala y debe ser mantenida, sin que sea preciso pronunciarse sobre la nulidad del préstamo contratado para la financiación del producto, que el mismo recurrente asocia a la nulidad del contrato Athena Popular 100% 3 Yrs.

#### **CUARTO.- Costas**

La desestimación del recurso de casación determina la imposición de las costas devengadas a la parte recurrente.

#### **FALLO**

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

**1.º-** Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Alberto contra la sentencia dictada con fecha 8 de marzo de 2017, por la Audiencia Provincial de León (Sección Segunda), en el rollo de apelación n.º 212/2016, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 387/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de León.

**2.º-** Confirmar la citada sentencia.

**3.º-** Imponer a la parte recurrente las costas del recurso de casación y ordenar la pérdida del depósito constituido para su interposición.

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

Así se acuerda y firma.