



Roj: **STS 4891/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:4891**

Id Cendoj: **28079110012015100630**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/11/2015**

Nº de Recurso: **1329/2014**

Nº de Resolución: **654/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 714/2014,**
STS 4891/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Noviembre de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D. Evaristo , representado ante esta Sala por la procuradora D^a Monserrat Gómez Hernández, contra la sentencia dictada el 20 de marzo por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia en el recurso de apelación núm. 898/2013 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1871/2012 del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Gandía sobre nulidad contractual por error en el consentimiento en la adquisición de Obligaciones Subordinadas. Ha sido parte recurrida BANKIA, S.A., representada ante esta Sala por el procurador D. Francisco José Abajo Abril.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La procuradora D^a Ana Isabel Capellino Climent, en nombre y representación de D. Evaristo , interpuso demanda de juicio ordinario contra BANKIA, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia por la que estimando la demanda:

«1º.-Declare que el actor D. Evaristo no ha prestado su consentimiento para la compra de obligaciones subordinadas de alguna de las emisiones de Bancaja, siendo, por tanto, nulos dichos contratos bancarios.

2º.- Se declare la nulidad de dichos contratos bancarios por falta de objeto y causa.

3º.- Se ordene anular y dejar sin efecto todas las operaciones (extracto, intereses, amortizaciones, suscripciones, etc.) que a resultas de los inexistentes contratos de compra o suscripción de obligaciones de Bancaja se hayan realizado en la cuenta de ahorro titularidad del actor. Con la obligación de las partes de restituirse recíprocamente las cantidades percibidas por razón de las mismas.

Y en consecuencia se condene a la entidad demandada a restituir o reintegrar en la citada cuenta del actor la cantidad de 15.000 €, más los intereses legales de dicha suma desde la fecha en que la entidad demandada dispuso de dicha cantidad para la suscripción de dichas obligaciones subordinadas, importe que se compensará con los intereses que a su vez Bancaja o Bankia haya abonado al actor.

4º.- Se condene a la demandada al pago de las costas del juicio.

Subsidiariamente

1.- Se declare la resolución de los contratos bancarios que hayan podido suscribir las partes para la compra de las citadas obligaciones subrogadas, por error, dolo, mala fe y por el incumplimiento contractual por defectuosa información prestada por la entidad bancaria demandada.



2.- Se anulen y dejen sin efecto todas las operaciones (extracto, intereses, amortizaciones, suscripciones, etc.) que a resultas de la resolución de los contratos de compra o suscripción de obligaciones de Bancaja se hayan realizado en la cuenta de ahorro titularidad del actor, Con la obligaciones de las partes de restituirse recíprocamente las cantidades percibidas por razón de las mismas.

Y en consecuencia se condene a la entidad demandada a restituir o reintegrar en la citada cuenta del actor la cantidad de 15.000 €, más los intereses legales de dicha suma desde la fecha en que la entidad demandada dispuso de dicha cantidad para la suscripción de dichas obligaciones subordinadas, importe que se compensará con los intereses que a su vez Bancaja o Bankia haya abonado al actor.

3.- Se condene a la demandada al pago de las costas del juicio.»

SEGUNDO.- La demanda fue presentada el 30 de noviembre de 2012 repartida al Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Gandía y fue registrada con el núm. 1871/2012 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada .

TERCERO.- El procurador D. Joaquín Villaescusa Soler, en representación de BANKIA, S.A. , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba «Se dicte sentencia por la que desestime íntegramente la demanda y absuelva a mi representadas de cuantas pretensiones se ejercitan en su contra, con imposición de costas a la parte actora.»

CUARTO.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Gandía dictó sentencia de fecha 17 de junio de 2013 , con la siguiente parte dispositiva:

«Por las razones expuestas, en el ejercicio de la potestad que me atribuye la Constitución Española, he decidido:

1.- Estimar íntegramente la demanda presentada por el Sr. D. Evaristo contra Bankia SA.

2.- Declarar la nulidad, por inexistencia de consentimiento del comprador, de la operación de compra de obligaciones subordinadas Bancaja por valor de 15.000 euros efectuada por Bankia SA a nombre del Sr. D. Evaristo , con las consiguientes obligaciones de las partes de restituirse las respectivas prestaciones.

3.- Condenar a Bankia SA a pagar 15.000 euros al Sr. D. Evaristo .

4.- Condenar a Bankia SA a pagar Don Evaristo intereses, sobre 15.000 euros, al tipo legal del dinero, desde el 5 de agosto de 2002 hasta el 17 de junio de 2013.

5.- Condenar a Bankia SA a pagar las costas procesales, declarando expresamente que su oposición a la demanda ha sido temeraria.»

QUINTO.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de BANKIA S.A.

La resolución de este recurso correspondió a la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo tramitó con el número de rollo 898/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 20 de marzo de 2014 , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de la entidad BANKIA SA, contra la sentencia de fecha 17 de junio de 2013, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Gandía en autos de juicio ordinario nº 1871/12, revocamos dicha resolución, que se deja sin efecto, y en su lugar, desestimamos la demanda formulada por Evaristo contra BANKIA SA absolviendo a dicha entidad de todas las pretensiones contra ella formuladas, y con expresa imposición de las costas causadas en la primera instancia a la parte actora

No se hace expresa imposición de las costas causadas en esta alzada y se acuerda la devolución a la parte apelante del depósito constituido para recurrir.»

SEXTO.- La procuradora D^a Ana Capellino Climent, en representación de D. Evaristo , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«PRIMERO.- Al amparo de lo dispuesto en el apartado 4º del número 1 del art. 469 de la LEC , infracción en la sentencia sobre valoración de la prueba en cuanto establece conclusiones absurdas y criterios desorbitados e irracionales en lo atinente a la concurrencia de consentimiento en la adquisición del producto financiero de las obligaciones subordinadas por el hecho de haber estado cobrando intereses.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado 4º del número 1 del artículo 469 de la LEC , por vulneración en la sentencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art.24 de la C.E) en su vertiente del derecho al acceso de la jurisdicción, por no entrar a conocer y resolver , en base a formalismos excesivamente rigoristas y desproporcionados, sobre el fondo respecto de los vicios del consentimiento por error, dolo o mala fe, referidos



en los hechos e invocados los preceptos correspondientes en la demanda, aunque peticionada en el suplico en base a los mismos la resolución del contrato y no la anulabilidad.

TERCERO.- Al amparo de lo dispuesto en el número 2 del apartado 1 del art. 469 de la LEC (Infracción normas procesales reguladoras de las sentencias), por vulneración en la sentencia del art. 218.1 de la misma ley , y de los principios generales del derecho sobre "*iura novit curia* " y "*da mihi factum, dabo tibi ius* " , por no entrar a conocer y resolver sobre la pretensión deducida en el suplico de la demanda sobre resolución del contrato por suscripción de obligaciones subordinadas por incumplimiento de la obligación de entregar la debida información por parte de la entidad financiera, con el argumento de no haber invocado en los fundamentos de derecho de la demanda el precepto legal fundamentador de toda resolución contractual (Art. 1.124 del CC) y no haberse establecido el concreto incumplimiento en los hechos de la demanda.

CUARTO.- Al amparo del apartado 4º del número 1 del art. 469 de la LEC vulneración en la sentencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva - Art. 24 de la CE - en la vertiente del derecho al acceso a la jurisdicción, por no haber entrado a conocer y resolver sobre el fondo en base a formalismos extremadamente rigoristas y desproporcionados sobre la petición contenida en la sentencia de resolución contractual, por incumplimiento por defectuosa información prestada por la entidad financiera.»

Los motivos del recurso de casación fueron:

«PRIMERO.- Al amparo del art. 477.2.3º.1 de la LEC por vulneración de la jurisprudencia sobre la doctrina de los actos propios contenida en las sentencias de fecha 26/9/2013, Nº 579/2013 , de fecha 19/2/2004 , y de 28/9/2009, nº 622/2009 , que exigen que los actos sean inequívocos y que no estén viciados por error.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 477.2.3º.1 de la LEC : Infracción por contravenir la jurisprudencia de la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª Pleno de fecha 18/4/2013, Nº 244/2013 , sobre responsabilidad de las entidades financieras por el incumplimiento de las obligaciones de información a los clientes minoristas en relación con los productos complejos y de alto riesgo comercializados; siendo los preceptos sustanciales infringidos anudados a la jurisprudencia vulnerada: el artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores (Ley 24/1988), así como los artículos 2 , 4 del Real Decreto 629/1993 , y los artículos 1 , 2 , 4 , 5 y 6 del anexo a dicho Real Decreto , y los artículos 10 a 12 de la Directiva 1993/22/CEE , y artículo 9 de Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995.

TERCERO.- Al amparo del art. 477.2.3º.1º de la LEC : Infracción por contravenir la jurisprudencia contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera (en Pleno) de fecha 20/1/2014, Nº 840/2013 , en cuanto a la incidencia en la apreciación de error , vicio del consentimiento por el incumplimiento del deber de información, que permite presumir en el cliente minorista la falta de conocimiento suficiente sobre el producto contrato y sus riesgos asociados; siendo lo preceptos sustanciales infringidos anudados a citada la jurisprudencia vulnerada los artículos 1265 , 1266 y 1300 del Código Civil .

CUARTO.- Al amparo del art. 477.2.3º.1º de la LEC infracción por contravención de la jurisprudencia sobre el error como vicio del consentimiento, Sentencias Nº 638/2012, de 21 de noviembre EDJ 2012/262627, y 626/2013, de 29 de octubre EDJ 2013/225914; siendo los preceptos sustanciales infringidos y anudados a la citada jurisprudencia los artículos 1265 , 1266 y 1300 del Código Civil .

QUINTO.- Al amparo del art. 477.2.3 º y 3-2 supuesto de la LEC : Existencia de criterios dispares entre la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Baleares de fechas 31/1/2012 EDJ 2014/17231 Y DE 17/2/2014 EDJ 2014/19562 y la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia Nº 50/2014, de fecha 17/2/2014 junto con la recurrida en cuanto a que ante el mismo supuesto de hecho (cobro de intereses) la A.P. de Valencia considera un acto propio revelador de la prestación del consentimiento, mientras que la de Baleares, mantiene exactamente lo contrario, debiendo declararse como correcta la doctrina de la Audiencia Provincial de Baleares.»

SÉPTIMO.- 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 22 de abril de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«LA SALA ACUERDA: ADMITIR LOS RECURSOS DE CASACIÓN y EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuestos por la representación procesal de D. Evaristo , contra la sentencia de 20 de marzo de 2014, dictada en segunda instancia por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, en el rollo de apelación nº 898/2013 , dimanante del juicio ordinario nº 1871/2012, del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Gandía.»

OCTAVO- 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.



NOVENO.- Por providencia de 5 de octubre de 2015 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista. Por providencia de 27 de octubre se señaló para votación y fallo el 4 de noviembre de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Desarrollo del litigio.-

1.- El demandante, persona sin estudios, jubilado, dedicado a tareas agrícolas mientras permaneció en activo, y con 80 años en la fecha de interposición de la demanda, llevaba siendo cliente de la antigua Caja de Ahorros de Valencia durante más de 30 años, con la que había celebrado en el 19 de agosto de 1991 un contrato de cartera de valores, cuyo objeto era la realización de operaciones de compra y venta de valores, así como el depósito, administración y gestión de los mismos, la compraventa de derechos de suscripción y cupones, etc. En agosto de 2002, según la documentación contable del banco, pero sin que conste conocimiento del cliente ni documento contractual al efecto, figura la suscripción a nombre del actor de 15 títulos de deuda subordinada de la entidad "Bancaja Eurocapital Finance", por importe de 15.000 €, cuyos rendimientos ("cupones") fueron abonándose en la cuenta del actor, si bien no consta ni orden de compra, ni ningún otro documento de formalización de la operación.

2.- D. Evaristo interpuso demanda de juicio ordinario contra "Bankia, S.A." (sucesora de Caja de Ahorros de Valencia y de "Bancaja") en la que solicitó que se declarase la nulidad del contrato por ausencia de consentimiento, con la consiguiente restitución del capital invertido, minorado en las cantidades recibidas; y subsidiariamente que se declare resuelto (sic) el contrato por error en el consentimiento.

3.- Opuesta a tales pretensiones la entidad financiera, el juzgado dictó sentencia en la que apreció nulidad radical del contrato por falta de consentimiento, ya que ni siquiera existía orden de compra, por lo que condenó a "Bankia, S.A." a la devolución del capital (15.000 €), con sus intereses legales desde el 5 de agosto de 2002 hasta el 17 de junio de 2013.

4.- Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Audiencia Provincial rebatió las conclusiones probatorias de la sentencia de primera instancia, y dictó sentencia estimatoria del recurso, basándose resumidamente en que, aunque no consta documento alguno relativo a la suscripción de la operación, sí que existía entre las partes un previo contrato de gestión de valores; y, sobre todo, el Sr. Evaristo había estado percibiendo durante más de diez años los rendimientos de las obligaciones subordinadas sin objeción alguna, por lo que tales actos propios impiden considerar que no hubiera consentimiento. Argumenta, además, que no es posible tratar la pretensión subsidiaria relativa al error en el consentimiento porque ello, en su caso, hubiera dado lugar a la anulabilidad del contrato, pero en ningún caso a su resolución, que fue lo pretendido en la demanda. Como consecuencia de lo cual, al estimar el recurso de apelación formulado por la entidad financiera, desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Recurso por infracción procesal.-

2.1.- Primer motivo de infracción procesal.-

1.- El Sr. Evaristo formuló un primer motivo de infracción procesal, al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC, en cuanto que la sentencia recurrida llega a conclusiones absurdas e irracionales en relación con la concurrencia de consentimiento en la adquisición del producto.

2.- Con este motivo, la parte recurrente pretende algo que es ajeno al recurso extraordinario por infracción procesal, que es volver a reexaminar la prueba y convertir a este tribunal de casación en una tercera instancia. En nuestro sistema procesal civil, no es admisible la revisión de la prueba practicada en la instancia por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal, como se desprende de la propia enumeración de motivos de recurso contenida en el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Únicamente sería posible cierto control sobre las conclusiones de hecho que sirven de base a la sentencia recurrida -la de apelación- de forma excepcional, al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 LEC, siempre que, conforme a la doctrina constitucional, no superen el test de la razonabilidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE -en este sentido SSTs 101/2011, de 4 de marzo, y 263/2012, de 25 de abril-. Pero en ningún caso la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal puede dar paso a una tercera instancia en la que, fuera de los supuestos excepcionales, se pueda replantear la completa revisión de la valoración de la prueba, ya que esta es función de las instancias y las mismas se agotan en la apelación. Por ello, es doctrina jurisprudencial incontrovertida, tal y como recuerda la Sentencia de esta Sala 44/2015, de 17 de febrero, que la valoración de la prueba corresponde en principio a la Sala de instancia, debiéndose reducir



su examen en esta sede a problemas de infracción en concreto de una regla de valoración, al error patente y a la interdicción de la arbitrariedad o irrazonabilidad (Sentencias del Tribunal Constitucional 63/1984, 91/1990, 81/1995, 142/1999, 144/2003, 192/2003, 276/2006, 64/2010 y 138/2014; y de esta Sala de 24 de febrero y 24 de julio de 2000 y 15 de marzo de 2002, entre otras muchas).

3.- Con estas limitaciones, no cabe apreciar que la resolución de la Audiencia haya llegado a conclusiones arbitrarias o ilógicas desde un punto de vista fáctico, una vez que da por probado, con adecuada explicación argumental, que, aunque no hubiera orden de suscripción de la adquisición de obligaciones subordinadas, la previa existencia de un contrato de gestión de valores y la percepción por parte del demandante, durante más de diez años y sin objeción alguna, de los rendimientos de dicho producto financiero, permitían aseverar la existencia de consentimiento contractual en dicha operación. En su caso, podrá discutirse si desde un punto de vista jurídico ello es así, lo que es ajeno al marco revisor del recurso extraordinario por infracción procesal, correspondiendo a la valoración jurídica propia del recurso de casación. Como decíamos en la Sentencia núm. 77/2014, de 3 de marzo, *"No debe confundirse la revisión de la valoración de la prueba que, al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, excepcionalmente puede llegar a realizarse en caso de error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (Sentencias 432/2009, de 17 de junio ; 196/2010, de 13 de abril ; 495/2009, de 8 de julio y 211/2010, de 30 de marzo ; 326/2012, de 30 de mayo), con la revisión de la valoración jurídica... Como ya hemos declarado en otras ocasiones, una valoración como ésta, al margen de que sea o no acertada, es jurídica y debería ser impugnada, en su caso, en el recurso de casación, si con esta valoración se infringe la normativa legal reguladora de la materia y su interpretación jurisprudencial"*. Por lo que este primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado.

2.2.- Segundo y cuarto motivos de infracción procesal.-

1.- El segundo motivo se formula al amparo del artículo 469.1.4º LEC, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), en su vertiente de acceso al derecho de acceso a la jurisdicción, por no entrar a conocer la sentencia sobre la alegación relativa a vicios del consentimiento, al pedirse en el "suplico" de la demanda la resolución y no la anulabilidad. A su vez, el cuarto motivo, que se cimenta en el artículo 469.1.4º LEC, se basa en la infracción del mismo precepto constitucional indicado, por no haberse resuelto sobre el fondo del asunto, con base en formalismos y rigorismos desproporcionados en lo relativo al déficit de información prestada por la entidad financiera.

Habida cuenta la evidente identidad de razón entre ambos motivos, y la común invocación de infracción de lo previsto en el artículo 24 CE, se resolverán conjuntamente.

2.- No cabe duda de que la deducción de una pretensión fundada en la alegación de un vicio del consentimiento, conforme a los artículos 1.265 y siguientes del Código Civil, según la propia dicción del primero de los mencionados preceptos y del artículo 1.301 del mismo texto legal, debe formularse mediante una petición de anulabilidad o nulidad relativa; y no a través de una acción de resolución contractual por incumplimiento. Sin embargo, lo determinante no es la correcta identificación nominal de la acción, puesto que conforme al artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo relevante son los hechos alegados por la parte demandante y que, conocidos por la parte demandada, pueden ser objeto de su defensa. Además, el segundo párrafo del mismo precepto establece que *"El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes"*.

En relación con lo cual, dijimos en la Sentencia 211/2010, de 30 marzo, que *"[l]a máxima iura novit curia [el tribunal conoce el Derecho] permite al tribunal fundar su decisión en preceptos jurídicos distintos de los invocados cuando no se alteren sustancialmente los hechos que fundamentan la pretensión (...), y solo puede entenderse vulnerado el principio iuxta allegata et probata [según lo alegado y probado] y excedido el principio iura novit curia [el tribunal conoce el Derecho] cuando se estima la demanda apoyándose en fundamentos, siempre que sean determinantes del fallo, diversos de los alegados"*. Y en el mismo sentido, señalamos en la Sentencia 372/2011, de 1 junio, que *"[e]l deber de congruencia de las sentencias, consistente en la exigencia derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, existe allí donde la relación entre estos dos términos, fallo y pretensiones procesales, no está sustancialmente alterada, entendiéndose por pretensiones procesales las deducidas en los "suplicios" de los escritos fundamentales rectores del proceso, y no en los razonamientos o argumentaciones que se hagan en los mismos; no exigiéndose tampoco, desde otro punto de vista, que la mencionada relación responda a una conformidad literal y rígida, sino más bien racional y flexible, a fin de asegurar que todos los asuntos sometidos a la decisión judicial alcancen adecuada solución, poniéndose así fin al litigio y evitando que queden sin resolver cuestiones que pudieran ser objeto de una nueva pretensión"*.



3.- Y en este caso, basta con leer la contestación a la demanda para comprobar que la entidad financiera pudo defenderse perfectamente de la pretensión relativa al error vicio del consentimiento aducido por el demandante, y de hecho, al hacerlo, le dio tratamiento de supuesto de anulabilidad, sin plantear objeción alguna porque en la demanda se tratara como motivo de resolución contractual.

Razones por las cuales deben estimarse estos dos motivos del recurso extraordinario de infracción procesal, dando lugar a la nulidad de la sentencia recurrida.

2.3.- Tercer motivo de infracción procesal.

1.- Se formula al amparo del art. 469.1.2º LEC , por infracción del art. 218.1 LEC y de los principios generales del derecho "iura novit curia" y "da mihi factum, dabo tibi ius", por no entrar la sentencia en el examen de la pretensión relativa al error en el consentimiento por falta de información.

2.- A este motivo de recurso son aplicables las consideraciones efectuadas anteriormente y que damos por reproducidas, a fin de evitar inútiles reiteraciones.

3.- No obstante, la estimación del recurso extraordinario de infracción procesal, queda subordinada, en cuanto a sus consecuencias, al resultado del recurso de casación que a continuación examinaremos, dado que dicha estimación se refiere a la pretensión subsidiaria de la demanda y no a la principal.

TERCERO.- Recurso de casación.-

1.- El primer motivo del recurso de casación se plantea al amparo del art. 477.2.3.1º LEC , por vulneración de la doctrina jurisprudencial sobre los actos propios, contenida en las sentencias de esta Sala de 26 de septiembre de 2013 , 19 de febrero de 2004 y 28 de septiembre de 2009 . Viene a plantearse resumidamente en este motivo que, postulándose la nulidad absoluta del contrato por falta de consentimiento, los posibles actos propios del demandante que confirmarían o convalidarían un vicio del consentimiento, no pueden suplir la total falta del mismo, sino que se refieren exclusivamente a un consentimiento existente, pero viciado.

2.- El motivo debe prosperar, por cuanto, en efecto, la total falta de consentimiento inicial no es susceptible de confirmación posterior. Es hecho probado en la instancia que no consta en modo alguno que el Sr. Evaristo prestara consentimiento expreso para la suscripción de las obligaciones subordinadas objeto del procedimiento. La apertura de la cuenta de valores, único documento en el que consta el consentimiento del demandante, no autorizaba por sí sola la suscripción de otros productos sin intervención del cliente, sino que era un contrato marco que debía ir desarrollándose en una serie de operaciones particulares. Así se deduce de la condición general cuarta, titulada "Órdenes de compraventa, abono de intereses, dividendos, derechos de suscripción y amortizaciones", en la que se prevé expresamente que *"Los titulares podrán ordenar a la caja la compra o venta de títulos, valores u otros activos y derechos sobre los mismos, suscribiendo al efecto el impreso o impresos que ésta establezca en cada momento..... Las órdenes de compra de valores llevarán implícita la designación de la caja como depositaria o, en su caso, gestora de los valores que adquiera por cuenta del titular y la inclusión, una vez firme la compra , en el extracto que ulteriormente expida"*.

Es decir, del propio tenor de las condiciones generales del contrato de cuenta valores se desprende sin género de dudas que no bastaba con la existencia del mismo para que la entidad financiera pudiera comprar títulos o valores en nombre del cliente, sino que hacía falta un consentimiento posterior de éste para cada operación concreta, el cual no consta en modo alguno en este caso, por lo que falta uno de los elementos esenciales para la propia existencia del contrato, conforme al artículo 1.261 del Código Civil .

3.- Es cierto que podría entenderse que hubo un conocimiento ulterior por parte del cliente de la existencia del contrato, una vez que comenzó a recibir en su cuenta los abonos de los cupones de las obligaciones subordinadas asignadas por la entidad financiera a su nombre. Pero debe tenerse en cuenta que, tratándose de nulidad radical (inexistencia) no cabe la confirmación o convalidación posterior del contrato. Siendo doctrina reiterada de esta Sala que la inexistencia o nulidad radical no puede ser objeto de confirmación, o convalidable por los actos propios (Sentencias de 11 de diciembre de 1986 , 7 de enero de 1993 , 3 de mayo de 1995 , 21 de enero y 26 de julio de 2000 , 1 de febrero y 21 de diciembre de 2002 y 16 de febrero de 2012 , entre otras muchas). Como recuerda la Sentencia 187/2015, de 7 de abril *«[l]a jurisprudencia en torno a la doctrina de los actos propios, cuya base legal se encuentra en el artículo 7 CC, con carácter general, exige la concurrencia de las siguientes circunstancias: i) que el acto que se pretenda combatir haya sido adoptado y realizado libremente; ii) que exista un nexo causal entre el acto realizado y la incompatibilidad posterior; iii) que el acto sea concluyente e indubitado, constitutivo de la expresión de un consentimiento dirigido a crear, modificar y extinguir algún derecho generando una situación desacorde con la posterior conducta del sujeto. Pero como presupuesto esencial para su aplicación, resulta imprescindible que el acto sea susceptible de ser confirmado..... la jurisprudencia de esta Sala establece que sólo son susceptibles de ser confirmados los contratos que reúnan los requisitos del artículo*



1261, a saber los elementos esenciales, consentimiento, objeto y causa, en definitiva, la doctrina de los actos propios, no es aplicable en materia de nulidad».

4.- La nulidad se define como una ineficacia que es estructural, radical y automática. Estructural, porque deriva de una irregularidad en la formación del contrato; y radical y automática, porque se produce "ipso iure" y sin necesidad de que sea ejercitada ninguna acción por parte de los interesados, sin perjuicio de que por razones de orden práctico pueda pretenderse un pronunciamiento de los tribunales al respecto. En consecuencia, ante la absoluta falta de consentimiento por parte del cliente, debe declararse radicalmente nulo el contrato de comercialización o adquisición de obligaciones subordinadas. Sin que tampoco sea atendible el argumento de la parte demandada relativo a la caducidad de la acción, puesto que tratándose de nulidad absoluta, la acción es imprescriptible (por todas, Sentencia de esta Sala 178/2013, de 25 de marzo).

5.- Razones por las cuales ha de estimarse este primer motivo de casación, lo que hace innecesario el examen de los restantes motivos casacionales, al referirse a la pretensión subsidiaria y no a la principal. Y como consecuencia de tal estimación, debe casarse la sentencia recurrida, confirmando la dictada por el juzgado de primera instancia.

CUARTO.-Costas y depósitos.-

1.- Al haberse estimado tanto el recurso extraordinario por infracción procesal, como el de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por ellos, según determina el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- Asimismo, como quiera que la estimación de tales recursos conlleva la desestimación del recurso de apelación, deben imponerse las costas por el mismo causadas a la parte apelante, "Bankia, S.A.", conforme a los artículos 394.1 y 398.1 LEC.

3.- Procede también acordar la devolución de los depósitos constituidos, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1.- Estimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación de D. Evaristo, contra la sentencia dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, con fecha 20 de marzo de 2014, en el recurso de apelación nº 898/2013, que anulamos y dejamos sin efecto.

2.- Confirmar en todos sus pronunciamientos la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Gandía, con fecha 17 de junio de 2013, en el juicio ordinario nº 1871/2012.

3.- Imponer a "Bankia, S.A." las costas del recurso de apelación. Sin hacer expresa imposición de las causadas por el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación.

4.- Devuélvase al recurrente el depósito constituido.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Saraza Jimena, Pedro Jose Vela Torres, firmada y rubricada. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Pedro Jose Vela Torres**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.