



Roj: **STS 5538/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5538**

Id Cendoj: **28079110012016100713**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/12/2016**

Nº de Recurso: **1624/2014**

Nº de Resolución: **734/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 1113/2014,**  
**STS 5538/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 20 de diciembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Nova Caixa Galicia Banco S.A.U., representada por el procurador D. Rafael Silva López, bajo la dirección letrada de D. Adrián Dupuy López, contra la sentencia núm. 129/2014, de 11 de abril, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo, en el recurso de apelación núm. 16/2014, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 112/2013, del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Oviedo. Han sido parte recurrida D. Raúl y D.ª Raimunda, representados por la procuradora D.ª María Colina Sánchez y bajo la dirección letrada de D.ª Celia Rimada Álvarez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

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

1.- La procuradora D.ª Isabel Fernández Fuentes, en nombre y representación de D. Raúl y D.ª Raimunda, interpuso demanda de juicio ordinario contra Caja de Ahorros de Galicia, en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que estimando la demanda:

»1.- Se declare la nulidad o subsidiariamente la anulabilidad de las compras de "Participaciones preferentes Caixa Galicia Seria A emisión de 29-12-2003" y de los documentos contractuales suscritos a tales fines, contratos marco y órdenes de compra de participaciones preferentes, con sus consecuencias y efectos restitutorios, consistentes en la retroacción de las posiciones jurídicas y económicas de los litigantes a la situación anterior y en consecuencia de todo ello, condene a la Entidad demandada:

- A la efectiva devolución a la actora de los capitales invertidos en los productos declarados nulos que ascienden a 721.800?, más los intereses legales desde su contratación que ascienden a 219.673,07, o subsidiariamente los intereses del 3,5%, que ascienden a 176.242,32, más los que se devenguen, en ambos casos desde el 20 de enero de 2013 hasta su completo pago, cuya fijación exacta deberá realizarse en fase de ejecución de Sentencia, y,

- Todo ello sin perjuicio del reintegro por la actora a la demandada, de los intereses netos percibidos que ascienden a 157.366,58?, más los que se devenguen desde el 20 de enero de 2013 hasta su completo pago, limitando en este caso la obligación de reintegro de los actores, al importe que exceda del coste abonado por los créditos y pólizas de crédito concedidos por la entidad demandada a la actora, coste que



actualmente asciende a 71.977,55? y se actualizará con el que se devengue desde el 20.1.2013 hasta su completa devolución;

- Para el supuesto de que por el tribunal se aprecie la concurrencia de nulidad de pleno derecho por vulneración de normas imperativas, inexistencia, falsedad, o licitud de la causa, en las contrataciones demandadas conde a la demandada a la imposibilidad de repetir lo que hubiere dado en virtud de los contratos denunciados, por aplicación del artículo 1.306.2 CC.

»2.- Subsidiariamente, se declare la responsabilidad de la entidad financiera demandada en la pérdida económica sufrida por la parte actora a consecuencia de las compras de Participaciones Preferentes Caixa Galicia Serie A 2003 y en consecuencia, se condene a la demandada a indemnizar a la parte actora por los daños y perjuicios causados mediante el abono del importe equivalente a las concretas aportaciones realizadas en su día que ascienden a 721.800?, más los intereses legales de dichas cantidades que ascienden a 219.673,07 más los que se devenguen desde el 20 de enero de 2013, más el coste afrontado por la concesión de los créditos y pólizas de crédito que ascienden a 71.977,55 ? más los que se devenguen desde el 20 de enero de 2013 hasta su completo pago, previa retención o descuento de las cantidades abonadas en concepto de rendimiento de participaciones preferentes que ascienden a 157.366,58 más los que se devenguen desde el 20 de enero de 2013.

»3.- Todo ello con expresa condena a la demandada al abono de las costas del procedimiento».

2.- La demanda fue presentada el 28 de febrero de 2013 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Oviedo, fue registrada con el núm. 112/2013. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. José Antonio Marqués Arias, en representación de NCG Banco S.A, (entidad sucesora de Novacaixagalicia) contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...] y, previos los trámites legales oportunos, en definitiva dictar sentencia por la que se desestime la demanda con imposición de costas a la parte actora».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-jueza de Primera Instancia n.º 5 de Oviedo dictó sentencia núm. 119/2013, de 14 de octubre, con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Que estimando en parte la demanda interpuesta por el Procurador D<sup>a</sup> Isabel Fernández Fernández, actuando en nombre y representación de D. Raúl y D<sup>a</sup> Raimunda , contra la entidad Caja de Ahorros de Galicia Nova Galicia Banco, representada por el Procurador Sr. Marqués Arias, debo condenar y condeno a la demandada a restituir a la actora en la cantidad de 721.800 ? más el interés correspondiente calculado en la forma señalada en el fundamento cuarto de esta resolución y el interés legal desde la fecha de la demanda y hasta la sentencia aplicándose desde la fecha de esta sentencia y hasta completo pago, el interés legal incrementado en dos puntos.

Todo ello sin hacer expresa imposición de costas».

5.- Mediante auto de 24 de octubre de 2013, se rectificaron distintos errores materiales.

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

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de NCG Banco S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo, que lo tramitó con el número de rollo 16/2014 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia núm. 129/2014, de 11 de abril, cuya parte dispositiva dice:

«FALLAMOS: Desestimando el recurso de apelación interpuesto y estimando la impugnación de sentencia formulada revocamos la sentencia de instancia y con estimación sustancial de la demanda rectora del proceso condenamos a las partes litigantes a efectuar los abonos determinados en los apartados a, b, y c del último fundamento de esta resolución, con imposición a la entidad demandada de costas procesales de la primera instancia y de las costas del recurso de apelación y sin imposición de costas de la impugnación de sentencia».

**TERCERO .-** *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.*

1.- El procurador D. José Antonio Marqués Arias, en representación de Novacaixa Galicia Banco, S.A, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«Único.- Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC en relación con el artículo 24 de la Constitución, en cuanto que la sentencia recurrida infringe los artículos 316, 326 y 376 de la LEC al realizar una valoración ilógica y arbitraria».



Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 1.301 del Código Civil y la Jurisprudencia que los interpreta contenida en las SSTs de 6 de febrero de 1990, de 25 de mayo de 2008 y de 14 de mayo de 2009, por declarar nulos unos contratos que han sido consumados 4 años antes de la interposición de la demanda.

»Segundo.- Al amparo del artículo 477.23º de la LEC, por infracción de los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil y la Jurisprudencia que los interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida estima la pretensión de nulidad contractual sobre la base de error en el consentimiento[...].

»Tercero.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC, por infracción de los artículos 7.1, 1.310, 1.311 y 1.313 del Código Civil y la Jurisprudencia que los interpreta contenida en las sentencias de 25 de enero de 2002 y de 21 de diciembre de 2009 (docs. nº 17 y 18), en el sentido de que la sentencia recurrida no declara subsanado el supuesto error padecido por D. Raúl y Dña. Raimunda en virtud de la doctrina de los actos propios y la confirmación tácita.

»Cuarto.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC, por infracción del artículo 1.303 del Código Civil y la Jurisprudencia que los interpreta contenida en las sentencias del Alto Tribunal de 26 de julio del 2000 y de 17 de julio de 2013 (docs. 19 y 20), en el sentido de que la sentencia recurrida no restituye correctamente a las partes a la situación patrimonial anterior a la nulidad, al no condenar a los recurridos a devolver los títulos del producto litigioso (actualmente acciones en virtud del canje forzoso del FROB), así como condenarles a abonar la rentabilidad neta percibida en lugar de la rentabilidad bruta.

»Quinto.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC, por contravención de los artículos 79 bis de la LMV y artículos 72 a 74 del Real Decreto 217/2008 en relación con el artículo 2.1 del Código Civil, y la Jurisprudencia que los interpreta contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 (RJ 2014/781 y de 17 de febrero de 2014 (RJ 2014/1862) (doc. 21 y 22), en el sentido de que la sentencia recurrida declara el incumplimiento del deber informativo de mi mandante por no haber evaluado la idoneidad de los recurridos cuando la normativa que impone dicha obligación no estaba vigente en el momento de la contratación de los productos litigiosos».

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 y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 4 de noviembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1º) No admitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de la entidad "Nova Caixa Galicia Banco S.A.U", contra la sentencia dictada, con fecha 11 de abril de 2014, por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 1ª), en el rollo de apelación nº 16/2014 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 112/2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Oviedo, con pérdida del depósito constituido del referido recurso.

2º) Imponer las costas de la inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal a la parte recurrente.

3º) Admitir el recurso de casación interpuesto frente a la referida sentencia[...].».

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

4.- Por providencia de 4 de noviembre de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 1 de diciembre de 2016, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** *Resumen de antecedentes.*

1.- En enero de 2003, D. Raúl y su esposa, Dña. Raimunda, vendieron el negocio al que se había dedicado el esposo en los últimos veinte años de su vida laboral, obteniendo un precio de 836.608,84 €. Con la intención de que dicho capital sirviera para atender sus necesidades durante el resto de su vida y para ayudar a sus hijos en lo que fuera menester, lo distribuyeron e invirtieron inicialmente en productos financieros sin riesgo, en concreto, una imposición a plazo fijo, cinco fondos garantizados y una cuenta corriente con seguro de vida.

2.- A finales del año 2003, un directivo de Caixa Galicia en Oviedo, conocedor de la situación económica del Sr. Raúl, se puso en contacto con él para ofertarle unos productos financieros que, según le dijo, le reportarían



mayor rentabilidad que los que hasta ese momento tenía contratados. Fruto de lo cual, se suscribió el 29 de diciembre de 2003 una orden de compra de participaciones preferentes de Caixa Galicia serie A (ISIN ES 0112805009), por importe total de 753.000 €. Previamente se habían suscrito otras órdenes similares, que no llegaron a ser efectivas.

El 2 de agosto de 2004, igualmente por recomendación de la entidad, los Sres. Raúl y Raimunda compraron obligaciones subordinadas de Caixa Galicia 09-04, si bien las vendieron posteriormente sin pérdidas. Y el 29 de marzo de 2005, compraron nuevamente participaciones preferentes de Caixa Galicia serie A, por valor de 22.800 €.

**3.-** En suma, el total del capital invertido en participaciones preferentes fue de 775.800 €, aunque tras las ventas que el demandante ha podido llevar a cabo, ha quedado reducido a 721.800 €.

**4.-** Como quiera que en septiembre de 2004 los demandantes necesitaron disponer de 150.000 €, acudieron a la oficina de Caixa Galicia con la intención de rescatar esa parte de la inversión que tenían realizada, y ante la imposibilidad de hacerlo, suscribieron una serie de préstamos y créditos, con un coste global de 71.977,55 €.

**5.-** Durante la vigencia de los contratos de adquisición de participaciones preferentes, los Sres. Raúl y Raimunda recibieron como rendimientos netos 157.366,58 €.

**6.-** El 10 de marzo de 2011, el Banco de España comunicó que la entidad emisora de las participaciones preferentes precisaba un capital adicional de 2.622 millones de euros, que debería tener antes del 30 de septiembre de 2011. Como quiera que llegada esta fecha no lo logró, tuvo que solicitar ayuda al Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), que amplió el capital social de NCG Banco, S.A., por un total de 2.465 millones de euros, mediante la emisión de 2.465 millones de acciones ordinarias de 1 euro de valor nominal, que fueron íntegramente suscritas y desembolsadas por el FROB, que pasó a ser titular del 93,16% del capital social, correspondiendo la titularidad del restante 6,84% a Novacaixagalicia.

**7.-** A la fecha de interposición de la demanda, 28 de febrero de 2013, las participaciones preferentes adquiridas tenían un valor de 198.495 €, según el precio de la última venta certificada por el AIAF (el mercado español de referencia para la Deuda Corporativa o renta fija privada integrado en Bolsas y Mercados Españoles, la compañía que opera los mercados financieros españoles).

**8.-** Los Sres. Raúl y Raimunda interpusieron demanda contra Nova Galicia (actualmente, NCG Banco S.A.), en la que solicitaron la nulidad de dichos contratos por error vicio del consentimiento, con restitución de las prestaciones; y, subsidiariamente, que se declarase la responsabilidad de la entidad financiera por las pérdidas sufridas y se la condenara a indemnizar los daños y perjuicios sufridos.

**9.-** Tras la oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a la demandada a restituir a los demandantes 721.800 €, más el interés legal desde la fecha de la demanda y hasta la sentencia, incrementado en dos puntos desde la fecha de ésta.

**10.-** Interpuestos recurso de apelación por la entidad bancaria e impugnación por los demandantes, la Audiencia Provincial desestimó el primero y estimó la segunda. Argumentó que la demandada no había acreditado haber indagado sobre la conveniencia del producto para el perfil inversor de los demandantes, ni haber informado sobre los riesgos propios de las participaciones preferentes, lo que provocó el error vicio en el consentimiento de los inversores. Como consecuencia de ello, declaró la nulidad del contrato, con los siguientes efectos: a) la demandada debería abonar el capital invertido y no amortizado en las participaciones preferentes de 721.800 € y 176.242,33 € más por intereses devengados hasta el 29 de Enero de 2013 al tipo del 3,5%; b) esta suma devengaría el interés legal desde la interposición de la demanda hasta la fecha de la presente resolución y desde entonces el interés del art. 576 LEC; c) los demandantes deberían reintegrar a la entidad demandada, por intereses netos percibidos, 157.366,58 €, más el interés legal desde la interposición de la demanda hasta la fecha de la presente resolución y desde entonces el interés del art. 576 LEC; d) no haber lugar a computar a efectos del art. 1303 CC el coste de préstamos y créditos concertados por los demandantes con la entidad bancaria.

**SEGUNDO.-** *Recurso de casación. Admisibilidad de los motivos.*

**1.-** Al dársele traslado del recurso de casación, la parte recurrida se opuso a la admisión de todos y cada uno de los motivos del mismo, confundiendo lo que son supuestos de inadmisión, con causas de desestimación.

El art. 485 LEC permite que en el escrito de oposición se puedan alegar las causas de inadmisibilidad del recurso que se consideren existentes y que no hayan sido ya rechazadas por el Tribunal. Previsión que ha de conectarse con el art. 483.2 LEC, que prevé las causas de inadmisión del recurso de casación.



A su vez, en el caso concreto del interés casacional, debe distinguirse según se trate de oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, o por resoluciones contradictorias de Audiencias Provinciales. En el primer caso, además de citar las sentencias del Tribunal Supremo cuya jurisprudencia se dice infringida, es imprescindible explicar cuál es la concreta vulneración de la jurisprudencia que se ha cometido por la Audiencia Provincial en la sentencia de segunda instancia, en relación con la concreta infracción legal que se considera cometida. Mientras que en el segundo, resoluciones contradictorias de Audiencias Provinciales, debe ponerse de manifiesto un criterio jurídico plasmado en dos sentencias de una misma Audiencia Provincial o de una misma Sección de la misma Audiencia, frente a otro criterio jurídico antagónico -en relación con la misma cuestión de derecho- recogido en otras dos sentencias de diferente Audiencia o Sección. Además, tanto en uno como en otro caso, es preciso que el recurrente ponga en relación cada uno de los motivos en los que funda el interés casacional, con los preceptos que considera vulnerados.

2.- Pues bien, sobre tales bases, los motivos casacionales están formalmente bien formulados, puesto que se citan las sentencias del Tribunal Supremo que se consideran infringidas, se explica en qué consiste, a juicio de la parte, la contravención en que ha incurrido la Audiencia Provincial y se relacionan cada uno de los motivos con los preceptos legales que se consideran vulnerados.

Cosa distinta es que la resolución recurrida contradiga o no la jurisprudencia invocada, o no sea correcta la interrelación entre dicha jurisprudencia y los preceptos legales citados como infringidos, puesto que ello no es causa de inadmisión, sino en su caso, de desestimación, previo estudio y análisis del correspondiente motivo.

3.- El único supuesto de oposición que sería propiamente de admisión es el del motivo cuarto, ya que la parte recurrida aduce que se trata de un hecho nuevo no planteado en la instancia. Sin embargo, ello no es así, porque aun de una manera un tanto confusa, en el primer motivo de apelación se postuló expresamente que en el rendimiento percibido por los clientes debería incluirse la parte retenida para su ingreso en Hacienda, así como que deberían devolverse los títulos o su valor de canje.

4.- Razones por las cuales deben ser rechazadas las causas de inadmisión invocadas, procediendo la resolución de los motivos de casación planteados.

**TERCERO.-** *Primer motivo de casación. Dies a quo para el cómputo del plazo de caducidad de la acción de anulabilidad.*

*Planteamiento:*

1.- El primer motivo de casación se formula al amparo del art. 477.2.3º LEC, por infracción del art. 1.301 CC y la jurisprudencia que lo interpreta, contenida en las sentencias de 6 de febrero de 1990, 25 de mayo de 2008 y 14 de mayo de 2009.

2.- En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que los contratos litigiosos estaban consumados cuatro años antes de la interposición de la demanda. En caso de contratos de compraventa, el plazo de caducidad empieza a contarse con la consumación del contrato, que en este caso tiene lugar con la entrega de los títulos. De seguirse la tesis de la sentencia recurrida, que considera que la consumación se produce con la última liquidación de los rendimientos, la acción no caducaría nunca, al tratarse de títulos perpetuos.

*Decisión de la Sala:*

1.- Respecto a la caducidad de la acción y la interpretación a estos efectos del art. 1.301 CC, hemos establecido en sentencias de esta Sala núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015; 376/2015, de 7 de julio; 489/2015, de 16 de septiembre, y 102/2016, de 25 de febrero, que:

«[e]n relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error».

2.- Conforme a dicha jurisprudencia, el comienzo del plazo de ejercicio de la acción de anulación por vicio en el consentimiento no puede computarse, como pretende la parte recurrente, desde que se perfeccionó el contrato de adquisición de las participaciones preferentes y se entregaron los títulos, sino desde que los clientes estuvieron en disposición de conocer los riesgos patrimoniales de la operación, que en este caso consistían en la inexistencia de un mercado efectivo de reventa y la práctica imposibilidad de recuperación de



la inversión, por la falta de solvencia de la entidad emisora de las preferentes. Lo que tuvo lugar cuando dicha entidad fue intervenida por el FROB, el 30 de septiembre de 2011

Como quiera que la demanda se presentó el 28 de febrero de 2013, resulta patente que la acción de anulación por error vicio del consentimiento no estaba caducada.

**CUARTO.-** *Segundo y quinto motivos de casación. Error vicio del consentimiento. Deber de información de la entidad de servicios de inversión*

*Planteamiento:*

1.- En el segundo motivo se denuncia la infracción de los arts. 1.265 y 1.266 CC y la jurisprudencia que los interpreta, en tanto que la sentencia estima la acción de nulidad sin que se hayan acreditado los requisitos para ello e ignorando el carácter excepcional de la apreciación de los vicios del consentimiento, la presunción *iuris tantum* de validez de los contratos, la necesidad de análisis del momento en que se presta el consentimiento y la necesidad de analizar el requisito de la cognoscibilidad.

2.- En el motivo quinto se denuncia infracción de los arts. 79 bis LMV y 72 a 74 del Real Decreto 217/2008, en relación con el art. 2.1CC, puesto que la jurisprudencia declara el incumplimiento del deber de información de la entidad financiera por no haber evaluado la idoneidad de los inversores, cuando la normativa MiFID no estaba en vigor al suscribirse los contratos.

3.- Como quiera que, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, el déficit de información respecto de productos financieros complejos no implica necesariamente la existencia de error vicio, pero permite presumirlo, estos dos motivos deben analizarse conjuntamente.

*Decisión de la Sala:*

1.- La recurrente pretende que antes de la introducción en nuestro Derecho de la normativa MiFID no existía un deber legal de información al cliente; lo que se opone a reiterada jurisprudencia de esta Sala, que en el caso concreto de las participaciones preferentes, viene constituida por las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril; 458/2014, de 8 de septiembre; 489/2015, de 16 de septiembre; 102/2016, de 25 de febrero; 603/2016, de 6 de octubre; 605/2016, de 6 de octubre; 625/2016, de 24 de octubre; y 677/2016, de 16 de noviembre.

2.- Hemos dicho en tales resoluciones que 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. La normativa del mercado de valores, incluida 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.

3.- Como venimos advirtiendo desde la sentencia 460/2014, de 10 de septiembre, las previsiones normativas anteriores a la trasposición de la Directiva MiFID eran 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 eran meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tenían el carácter de esenciales, pues se proyectaban 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.

El art. 79 LMV, vigente en la fecha de las adquisiciones de participaciones preferentes litigiosas, ya establecía 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 [...]».



Por su parte, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas 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, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

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

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

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

4.- Del relato fáctico de la sentencia, que ha de ser respetado, se deduce sin género de duda que estas obligaciones de información no fueron cumplidas, lo que indujo a los clientes a prestar el consentimiento de manera viciada por error. Por lo que estos dos motivos de casación también deben ser desestimados.

**QUINTO.- Tercer motivo de casación. Confirmación de los contratos viciados por error.**

*Planteamiento:*

1.- En este motivo se denuncia la infracción de los arts. 7.1, 1.310, 1.311 y 1.313 CC y la jurisprudencia que los interpreta.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta que la sentencia recurrida infringe tales preceptos, al no declarar subsanado el supuesto error padecido por los recurridos, en aplicación de los actos propios y de la doctrina de la confirmación tácita de los contratos, cuando se contrató el mismo producto en cuatro ocasiones, se canceló dos veces y se percibieron las rentabilidades pactadas durante años, sin queja alguna.

*Decisión de la Sala:*

1.- El principio general del derecho que afirma la inadmisibilidad de ir o actuar contra los actos propios, constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia del principio de buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente, siempre que concurren los requisitos presupuestos que tal doctrina exige para su aplicación, cuales son que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica afectante a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior. Como recuerda la STC 73/1988, de 21 de abril:

«La llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de *venire contra factum proprium* surgida originariamente en el ámbito del Derecho privado, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos objetivos».

2.- De lo que se infiere que la doctrina de los actos propios tiene su fundamento último en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables ( SSTS núm. 545/2010, de 9 de diciembre; 147/2012, de 9 de marzo; 547/2012, de 25 de febrero de 2013). No obstante, el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos solo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieren creado una situación o relación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla ( sentencia núm. 788/2010, de 7 de diciembre).

Además, ha de tenerse presente que los actos que están viciados excluyen la aplicación de la doctrina, pues esta Sala viene exigiendo, para que los denominados actos propios sean vinculantes, que causen estado,



definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, o que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho opuesto a sí mismo, además de que el acto ha de estar revestido de cierta solemnidad, ser expreso, no ambiguo y perfectamente delimitado, definiendo de forma inequívoca la intención y situación del que lo realiza. Lo que no puede predicarse de los supuestos en que hay error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia.

**3.-** El caso concreto de la posibilidad de confirmación del contrato de inversión viciado por error por unos supuestos actos propios consistentes en la percepción de liquidaciones positivas o intereses de tal inversión, o incluso el encadenamiento de contratos similares, ha sido tratado específicamente por esta Sala en numerosas resoluciones. En la sentencia núm. 573/2016, de 19 de julio, en que resumíamos los pronunciamientos jurisprudenciales en la materia, dijimos:

«Existe ya un nutrido cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión, a cuyo contenido nos atenderemos, y que ha sido recientemente resumido por la sentencia de esta Sala núm. 19/2016, de 3 de febrero.

»Como decíamos en dicha sentencia, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, deben ser necesariamente considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que, en las condiciones en que se realizaron, no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria.

»Existiendo error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que los recurrentes hubiesen subsanado dicho vicio del consentimiento mediante la confirmación del negocio con sus propios actos, por la simple razón de que un acto propio vinculante del que derive un actuar posterior incompatible, requiere un pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica, que aquí no concurre, ya que el conocimiento íntegro del riesgo asumido se adquiere cuando las liquidaciones devienen negativas y se informa del concreto importe de la cancelación de los contratos. Por el hecho de recibir unas liquidaciones positivas por parte de la entidad financiera en la cuenta corriente del cliente, o por cancelar anticipadamente el producto ante el riesgo cierto de que tal situación se vaya agravando y suponga un importante quebranto económico, no se está realizando voluntariamente ningún acto volitivo que suponga indudable o inequívocamente la decisión de renunciar al ejercicio de la acción de nulidad. 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, lo cual no se ha producido en el momento de recibir las liquidaciones positivas, pues el cliente piensa que el contrato por el que se garantizaba que no le subirían los tipos de interés, está desplegando sus efectos reales y esperados, y por lo tanto no es consciente del error padecido en ese momento. Ni tampoco cuando se decide cancelar anticipadamente el contrato para poner fin a la sangría económica que suponen las sucesivas liquidaciones negativas. No resultando, pues, de aplicación la doctrina de los actos propios y los artículos 7.1, 1.310, 1.311 y 1.313 CC».

**4.-** En relación con lo anterior, hemos de tener en cuenta que la confirmación tácita solo puede tener lugar cuando se ejecuta el acto anulable con conocimiento del vicio que le afecta y habiendo cesado éste, según establece inequívocamente el artículo 1.311 del Código Civil. Como dijimos en la sentencia núm. 924/1998, de 14 de octubre, al tratar un pretendido consentimiento *ex post*:

«En el estricto sentido de la palabra, tanto gramatical como jurídicamente, «consentimiento» no es algo que es concedido después de un acto. El concepto gramatical del vocablo significa anuencia, permiso, licencia, venia o autorización; es decir, hace mención a que sólo puede recaer sobre algo todavía no realizado. El significado jurídico aparece en el *art. 1262 CC*, según el cual «el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato»; esto es, la pauta legal indica que sólo versará sobre lo que se ofrece y se acepta respecto de una futura relación contractual, pero no sobre lo ya verificado.

»Si la referida actitud se manifiesta pasivamente tras el conocimiento posterior del negocio jurídico, la situación admite distintas lecturas, mas en tanto no se haya consumado la prescripción o la caducidad de acciones, siempre será posible la impugnación del acto por vía legal».

En este caso, es difícilmente imaginable que los recurrentes pudieran tener un conocimiento anterior a su decisión de demandar cuando, por las fechas antes indicadas, hasta bien entrado 2011 no pudieron tomar conciencia de que su inversión iba a ser difícilmente recuperable, cuando no directamente ruinosa.

**5.-** Asimismo, hemos dicho en la sentencia 535/2015, de 15 de octubre, 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».

No concurre, en suma, el requisito del conocimiento y cese de la causa de nulidad que exige el art. 1311 CC.

**SEXTO.- Cuarto motivo de casación. Alcance de los efectos restitutorios de la nulidad contractual.**

*Planteamiento:*

1.- En este motivo se denuncia infracción del art. 1.303 CC y la jurisprudencia que lo interpreta, puesto que la sentencia no restituye correctamente a las partes a la situación patrimonial anterior a la nulidad.

2.- En el desarrollo del motivo se aduce que la sentencia no condena a los recurrentes a devolver los títulos litigiosos (actualmente acciones, en virtud del canje forzoso establecido por el FROB), ni a la restitución de la rentabilidad bruta, es decir, también la parte retenida por la entidad comercializadora para su ingreso en Hacienda, al tratarse de rendimientos del capital mobiliario.

*Decisión de la Sala:*

1.- El problema de los efectos restitutorios de la nulidad por vicio del consentimiento en unos contratos de adquisición de participaciones preferentes de NCG ha sido tratado en la reciente sentencia de esta Sala núm. 716/2016, de 30 de noviembre, en la que decíamos:

«1.- Como hemos dicho en la reciente sentencia núm. 625/2016, de 24 de octubre, dictada también en un caso de nulidad de adquisición de participaciones preferentes por error vicio del consentimiento, los efectos de la nulidad alcanzan a ambas partes, comercializadora y adquirentes. Por ello, tales efectos de la nulidad deben ser la restitución por la entidad comercializadora del importe de la inversión efectuada por los adquirentes, más el interés devengado desde que se hicieron los pagos, y el reintegro por los compradores de los rendimientos percibidos más los intereses desde la fecha de cada abono.

»Doctrina que, en relación con estos mismos productos, participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, ya habíamos sostenido con anterioridad, por ejemplo en la sentencia núm. 102/2016, de 25 de febrero. Y en relación con otros productos financieros complejos, como permutas financieras de interés, en la sentencia núm. 744/2015, de 30 de diciembre, entre otras.

»2.- Ello es así, porque los intereses constituyen en estos casos los frutos o rendimientos de un capital, a los que, por virtud de la presunción de productividad de éste, tiene derecho el acreedor en aplicación de las reglas sobre la restitución integral de las prestaciones realizadas en cumplimiento de contratos declarados ineficaces y la interdicción del enriquecimiento sin causa ( sentencias de esta Sala núm. 81/2003, de 11 de febrero; 325/2005, de 12 de mayo; y 1385/2007, de 8 de enero de 2008, entre otras muchas). Ésta es la solución adoptada por los arts. 1295.1 y 1303 CC, al regular los efectos de la rescisión o de la declaración de la nulidad del contrato, mediante una regla que obliga a devolver la cosa con sus frutos y el precio con sus intereses y que se aplica, también, a otros supuestos de ineficacia que produzcan consecuencias restitutorias de las prestaciones realizadas ( sentencias núm. 772/2001, de 20 de julio; 812/2005, de 27 de octubre; 1385/2007, de 8 de enero; y 843/2011, de 23 de noviembre), como sucede, como regla general, con la resolución de las relaciones contractuales.

»Es más, para hacer efectivas las consecuencias restitutorias de la declaración de ineficacia de un contrato y para impedir, en todo caso, que queden en beneficio de uno de los contratantes las prestaciones recibidas del otro, con un evidente enriquecimiento sin causa, la jurisprudencia ( sentencias núm. 105/1990, de 24 de febrero; 120/1992, de 11 de febrero; 772/2001, de 20 de julio; 81/2003, de 11 de febrero; 812/2005, de 27 de octubre; 934/2005, de 22 de noviembre; 473/2006, de 22 de mayo; 1385/2007, de 8 de enero de 2008; 843/2011, de 23 de noviembre; y 557/2012, de 1 de octubre) viene considerando innecesaria la petición expresa del acreedor para imponer la restitución de las prestaciones realizadas, con inclusión de sus rendimientos, al considerar que se trata de una consecuencia directa e inmediata de la norma. Como dijimos en la sentencia núm. 102/2015, de 10 de marzo:

"Es doctrina jurisprudencial la que afirma que no es incongruente la sentencia que anuda a la declaración de ineficacia de un negocio jurídico las consecuencias que le son inherentes, que son aplicables de oficio como efecto *ex lege*, al tratarse de las consecuencias ineludibles de la invalidez".

»Interpretación jurisprudencial que considera, además, que las mencionadas normas - arts. 1295.1 y 1303 CC- se anteponen a las reglas generales que, sobre la liquidación de los estados posesorios, contienen los artículos 451 a 458 CC ( sentencias de 9 de febrero de 1949, 8 de octubre de 1965 y 1 de febrero de 1974), ya que tales reglas se aplican cuando entre dueño y poseedor no existe un negocio jurídico, pues de haberlo, sus



consecuencias se rigen por las normas propias de los negocios y contratos de que se trate ( sentencias núm. 439/2009, de 25 de junio; y 766/2013, de 18 de diciembre).

»3.- Para reiterar dicha doctrina jurisprudencial, hemos de tener en cuenta que los desplazamientos patrimoniales realizados en cumplimiento del contrato inválido carecen de causa o fundamento jurídico ( sentencia núm. 613/1984, de 31 de octubre); por lo que, cuando se han realizado prestaciones correspondientes, el art. 1303 CC -completado por el art. 1308- mantiene la reciprocidad de la restitución. Así como que el restablecimiento de la situación anterior a la celebración del contrato nulo impone que la restitución deba comprender no sólo las cosas en sí mismas, sino también los frutos, productos o rendimientos que hayan generado».

**2.-** La sentencia de la Audiencia Provincial se adapta solo en parte a esta jurisprudencia, como se desprende claramente de su fundamento jurídico octavo y del propio fallo. Y ello, porque no acuerda la devolución de los títulos, que pueden tener valor económico tras su canje forzoso en acciones; y porque limita la restitución de los rendimientos por parte de los clientes al importe neto percibido, es decir, sin incluir la retención fiscal que le aplicó la entidad en su calidad de retentora, cuando es claro que tales rendimientos beneficiaban a los clientes en su totalidad y no solo en la parte neta, puesto que la retención podían compensarla, dado que le había sido deducida por el pagador para ingresarla en la Administración Tributaria como anticipo de la cuota del IRPF. El art. 14 del Reglamento General de Desarrollo de la Ley 58/2003, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, determina que tiene derecho a solicitar la devolución de ingresos indebidos o declarados indebidos la persona que haya soportado la retención o el ingreso a cuenta repercutido. Lo que tiene su fundamento en que la retención la realizan las entidades pagadoras como colaboradoras de la Administración Tributaria, pero el ingreso se hace por cuenta de la persona a quien se ha practicado la retención.

**3.-** En consecuencia, este motivo de casación debe ser estimado, lo que supone también estimación parcial del recurso de apelación de NCG en el sentido indicado.

#### **SÉPTIMO.-** Costas y depósitos.

**1.-** La estimación de los recursos de casación y de apelación conlleva que no proceda hacer expresa imposición de las costas causadas por ambos, a tenor del art. 398.2 LEC. A su vez, supone estimación en parte de la demanda, por lo que tampoco procede hacer expresa imposición de las costas de la primera instancia, conforme al art. 394.2 LEC.

**2.-** Asimismo, procede la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de casación y apelación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, LOPJ.

#### **FALLO**

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

**1.º-** Estimar en parte el recurso de casación interpuesto por NCG Banco, S.A. contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo, núm. 129/2014, de 11 de abril, en el recurso de apelación nº 16/2014, que anulamos parcialmente. **2.º-** Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por NCG Banco, S.A. contra la sentencia núm. 119/2013, de 14 de octubre, del Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Oviedo, en el juicio ordinario nº 112/2013, y en su virtud, manteniendo los pronunciamientos de la sentencia de la Audiencia Provincial, añadir que los demandantes tienen que devolver a NCG los títulos litigiosos, o lo percibido del FROB por su canje -si hubiera tenido lugar-, así como que la restitución de las cantidades percibidas como rendimientos incluirá la parte retenida fiscalmente, así como el interés legal generado desde su cobro. **3.º-** No hacer expresa imposición de las costas causadas por los recursos de apelación y casación, ni de las de primera instancia. **4.º-** Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para tales recursos. Líbrense al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.