

4. DERECHO BANCARIO

Inaplicación del artículo 6.3 del Código Civil que establece la nulidad absoluta por vulneración de normas imperativas en supuestos de incumplimiento de regulación bancaria (MIFID) por las SSTS de 22 de octubre de 2015, de 11 de marzo de 2016 y de 3 de junio de 2016, así como por el resto de jurisprudencia dictada en la materia

Refusal to apply the article 6.3 of the Spanish Civil Code that establishes the nullity for breaches of binding rules in cases of the infringement of bank regulation (MIFID) by the judgments of the Supreme Court rendered on October 22nd 2015, March 11th 2016 and June 3rd 2016, as well as by other case law rendered on this matter

por

HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS

Doctor en Derecho

*Abogado colegiado en Madrid y en Nueva York
LLM por la University of California Berkeley*

RESUMEN: Habitualmente se ejerce la acción de nulidad de pleno derecho en pleitos sobre productos bancarios o de inversión con base en la vulneración de normativa bancaria, y más concretamente, la regulación conocida como MIFID. Generalmente la infracción alegada consiste en el incumplimiento de la obligación de suministrar información adecuada y comprensible o la no realización de los tests de conveniencia o de idoneidad.

A pesar del carácter recurrente de esta alegación, los tribunales se pronuncian pocas veces sobre esta cuestión, ya que la pretensión principal suele ser el vicio en el consentimiento.

La doctrina y la jurisprudencia menor se encontraban divididas respecto a la posibilidad de anular esta clase de contratos por este motivo. Aunque parecía que la tendencia mayoritaria era entender que no procedía su aplicación.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo comentada en este artículo resuelve este problema, declarando que no procede aplicar el artículo 6.3 del Código Ci-

vil, con la consiguiente nulidad absoluta del correspondiente contrato, por una infracción de la normativa MIFID.

ABSTRACT: Annulment actions are usually brought in judicial proceedings in relation to banking and investment products based on the infringement of banking regulation, and more specifically, in the directives so called MIFID. Generally, the alleged violation consists in the infringement of the obligation to provide appropriate and comprehensible information to clients or the non performance of the assessments of suitability or of appropriateness.

Despite how often this argument is alleged, courts seldom decide on this matter since the main action is usually mistake in the formation of the contract.

Scholars and lower case law had different opinions on the possibility to annul this kind of contracts under this ground. However, the majority of them seemed to reject its application.

The Spanish Supreme Court case law commented in this article solves this issue, declaring that the article 6.3 of the Spanish Civil Code is not applicable (with its consequent nullity of the contract) due to an infringement of the MIFID regulation.

PALABRAS CLAVE: Artículo 6.3. Código Civil. Nulidad. MIFID. Producto de inversión. Contrato bancario. Consumidores. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

KEY WORDS: Article 6.3. Spanish Civil Code. Nullity. MIFID. Investment product. Banking contracts. Consumers. Spanish Supreme Court case law.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SENTENCIAS DEL ALTO TRIBUNAL ANALIZADAS: 1. STS DE 22 DE OCTUBRE DE 2015: A) Antecedentes. B) Doctrina relevante sobre el artículo 6.3 del Código Civil. 2. STS DE 11 DE MARZO DE 2016: A) Hechos y antecedentes procesales de interés. B) Doctrina de interés. 3. STS DE 3 DE JUNIO DE 2016. A) Cuestiones fácticas y procesales previas. B) Pronunciamientos de especial interés.—III. PRONUNCIAMIENTOS POSTERIORES DE LOS TRIBUNALES.—IV. ANÁLISIS CRÍTICO DEL POSICIONAMIENTO JURISPRUDENCIAL ESTUDIADO.—V. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

I. INTRODUCCIÓN

El estudio de este trabajo se centra en la interpretación efectuada por el Alto Tribunal en su reciente jurisprudencia sobre la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil en pleitos de contratos bancarios. Y es que, aunque tradicionalmente esta cuestión no era tratada cuando se analizaban esta clase de negocios jurídicos¹, en la ingente litigación respecto a los contratos financieros o de inversión de los últimos años se alega frecuentemente la aplicación del referido precepto del Código Civil².

Como señala parte de la doctrina³, la ubicación dentro del Título Preliminar del Código Civil y la generalidad con la que se expresa el precepto 6.3 del referido cuerpo normativo ha llamado a este artículo a tener una gran presencia

dentro del conjunto del ordenamiento jurídico, constituyendo una importante defensa del mismo en relación con los actos jurídicos que lo contravengan. Por ello se ha postulado que la regla contenida en el citado precepto es de aplicación general⁴. (Aunque algunos autores han señalado que la configuración normativa, que contempla habitualmente la nulidad para el supuesto de contravención de la norma, sugiere que el legislador asigna un «*papel bastante parco*» a este artículo)⁵. Así parte de la doctrina sostiene que este precepto se aplica a la vulneración de toda norma jurídica que tenga la consideración de fuente del Derecho, con independencia de su rango normativo, naturaleza legal o consuetudinaria⁶. Si bien parece claro que no procede su aplicación cuando la regulación infringida es de Derecho extranjero⁷.

La nulidad de pleno derecho que ordena el mencionado artículo es la sanción civil que expresa la superioridad de la ley (imperativa) frente a la autonomía de la voluntad en cualquiera de sus manifestaciones⁸. Esta amplitud de aplicación no solo se deriva de su inclusión en el correspondiente capítulo del Código Civil, sino también de su expresa aplicación por el Tribunal Supremo a infinidad de actos negociales bien diversos⁹, como testamentos¹⁰, matrimonios¹¹, convocatorias de juntas de sociedad¹² y, por supuesto, contratos¹³. En este sentido, CARRASCO PERERA¹⁴ ha comentado que el estudiado precepto tiene su aplicación «más cabal» respecto a normas de Derecho de Públco que imponen restricciones al tráfico jurídico realizado mediante contrato. Y ese es precisamente el escenario que se va a analizar en este trabajo: infracciones de regulación bancaria (Derecho Público) que afectan a la formación de contratos bancarios o de inversión.

Se han aceptado causas muy distintas para aplicar esta nulidad, como la fijación de precios superiores a los legalmente tasados, la falta de legitimación para enajenar la cosa común o el incumplimiento de requisitos formales considerados solemnes, etc.¹⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, el análisis de la jurisprudencia civil desvela un esfuerzo claro del Tribunal Supremo por limitar su ámbito de aplicación, evitando un automatismo de la consecuencia jurídica de la nulidad ante cualquier contravención del ordenamiento jurídico¹⁶. La construcción jurisprudencial comentada se basa en seis modelos de decisión, que establecen una serie de criterios que van añadiéndose, sin que pueda apreciarse una determinada secuencia en el tiempo respecto a su aplicación¹⁷. Esta línea jurisprudencial¹⁸ queda fielmente reflejada en la STS de 17 de octubre de 1987, que señala¹⁹:

«*Esta Sala, al enfrentarse con el texto del número tercero del artículo sexto con antecedente en párrafo primero del artículo cuarto antiguo del Código Civil, ha reconocido su importancia, proclamando —STS de 1 de marzo de 1934 [Resolución 435]— que constituye un auxilio del derecho para remediar las faltas fundamentales o graves cometidas en actos jurídicos o procesales; pero, al mismo tiempo de ese reconocimiento se ha visto compelida a delimitar su preciso alcance estableciendo —SSTS de 19 de octubre de 1944 [Resolución 1176], y 28 de enero de 1958 [Resolución 554]— que el precepto se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad— SSTS, entre otras, de 8 de octubre de 1963 [Resolución 4072], 22 de marzo de 1965 [Resolución 1904], 8 de marzo de 1966 [Resolución 304], 19 de enero de 1967 [Resolución 182], 31 de mayo de 1968 [Resolución 3746], 14 de diciembre de 1971 [Resolución 5237], 30 de junio de 1978 [Resolución 2626], y 8 de junio de 1979 [Resolución 2347]— que hace deba ser interpretado no con un criterio rígido sino con criterio flexible por lo que no es posible admitir que toda disconformidad con una ley cualquiera haya de llevar siempre consigo la sanción extrema de la nulidad, ni tampoco que sea preciso para la validez de los actos*

contrarios a la ley que tal validez sea dispuesta de modo textual en la ley misma. El precepto —SSTS de 27 de febrero de 1964 [Resolución 1152] y 28 de julio de 1986 [Resolución 4621]— no puede aplicarse indiscriminadamente como determinante de la nulidad sino que hay lugar a clasificar los actos contrarios a la ley en tres distintos grupos: Primero. Aquellos cuya nulidad se funda en un precepto específico y terminante de la ley que así lo imponga, siendo obvio que la nulidad ha de decretarse entonces incluso de oficio. Segundo. Actos contrarios a la ley en que la misma disponga, a pesar de ello, su validez, debiendo entonces reconocérseles validez a tales actos “contra legem”. Y tercero. Actos que contrarién o falten a algún precepto legal, sin que este formule declaración expresa sobre su nulidad o validez, debiendo entonces el juzgador extremar su prudencia en uso de una facultad hasta cierto punto discrecional, analizando para ello la índole y finalidad del precepto legal contrariado y la naturaleza, móviles, circunstancias, y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja y sancionándole con la nulidad si median trascendentales razones que patenticen al acto como gravemente contrario al respeto debido a la ley, la moral o el orden público, encontrándose infaccionado de lo que el Código llama “causa torpe”. Esta doctrina se completa con la nulidad parcial de aquellos contratos en los cuales solo algún pacto resulte contrario a la ley y siempre que conste además que se habría concertado aun sin la parte nula —SSTS 10 de octubre de 1977 [Resolución 3895] y las que en ella se citan, y últimamente, de 4 de diciembre de 1986 [Resolución 7219].

No obstante los señalados modelos y el criterio reflejado en la Sentencia reproducida, parece apreciarse que la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil se determina caso a caso con una cierta discreción por parte del Tribunal Supremo²⁰.

Por lo tanto, conforme a este posicionamiento del Alto Tribunal puede observarse cómo existe una regla jurisprudencial de subsidiariedad de la nulidad de pleno derecho²¹, correspondiendo en su caso declarar la nulidad parcial del acto jurídico²² en virtud de los principios «*favor contratus*» y el antiguo aforismo «*utile per inutile non vitiatur*». Así lo ha sostenido la doctrina²³ y el Tribunal Supremo en varios pronunciamientos como las SSTS de 10 de octubre de 1977, de 20 de mayo de 1985 y de 17 de octubre de 1987.

En todo caso, la aplicación del precepto 6.3 del Código Civil conlleva la declaración de nulidad de pleno derecho, caracterizada por ser absoluta, con efectos ‘ex tunc’ insubsanable, imprescriptible²⁴, y en principio apreciable de oficio²⁵. Sin perjuicio de las matizaciones que necesariamente tengan que efectuarse en el supuesto de infracción tanto de normas procesales²⁶ como administrativas²⁷, en el caso del Derecho Privado los tratadistas²⁸, sintetizando lo establecido por la jurisprudencia²⁹, han concluido que para que proceda la referida nulidad, con la apreciabilidad de oficio comentada, el supuesto de hecho debe de encontrarse en uno de los siguientes supuestos:

- a) Que exista un precepto específico de la Ley que imponga la nulidad «*per se*» del acto o contrato.
- b) Que se trate de un acto constitutivo de un estado o condición para cuya eficacia exige la Ley determinados requisitos y falte alguno de esos elementos esenciales en el evento de que se trate.
- c) Cuando la materia, objeto o finalidad del acto impliquen fraude ley, atenten contra la moral o supongan un daño o peligro para el orden público.

Con independencia de lo anteriormente mencionado, hay que señalar que el Tribunal Supremo ha mostrado tradicionalmente un posicionamiento contrario

a estimar su aplicación en casos de incumplimientos de normas administrativas, como reflejan las SSTS de 25 de septiembre de 2006 y de 27 de septiembre de 2007. En concreto en la última Sentencia citada el reseñado Tribunal dice:

«La circunstancia de que el bien objeto de un contrato no pueda ser transmitido sino en determinadas condiciones —en el caso, con la autorización administrativa— no convierte a aquél en ilícito objeto de contratación. Esa sanción se reserva para los casos de extracomercialidad absoluta o intrínseca.

Ello, claro está, no impide que el contrato sea nulo por una razón distinta; así, por infringir una norma prohibitiva —artículos 6.3 y 1255 del Código Civil (LEG 1889, 27) —o por ser ilícita su causa —artículo 1275 del Código Civil—. Ni tampoco que el comportamiento merezca otro tipo de sanción, sea penal o administrativa.

La Sentencia de 23 de mayo de 1997 (RJ 1997, 4123) —en relación con la venta, sin la necesaria autorización administrativa, de un inmueble de que era concesionaria con acceso a la propiedad la vendedora— declaró que «contrariamente a lo sostenido en el recurso, la finca de autos no está fuera del comercio», así como que debía tenerse en cuenta que «la actora recurrente ostentaba sobre la finca de autos unos determinados derechos, que fue los que transmitió al comprador, y que el hecho de que para que tal transmisión tenga plenos efectos se requiera autorización administrativa no convierte en nula la compraventa civil realizada sin la obtención de la indicada autorización, sin perjuicio de los efectos que en el campo de lo administrativo se puedan derivar de su falta».

Esa doctrina se contiene, entre otras, en la Sentencia de 7 de julio de 1981 (RJ 1981, 3052) —»...sin que la violación de los preceptos administrativos que se dice cometida... pueda producir otra consecuencia que la puesta en marcha de los mecanismos correctores reglamentariamente establecidos...»—, así como en la de 25 de septiembre de 2006 —en un supuesto de realización de cesiones no autorizadas de una concesión administrativa con acceso a la propiedad de un lote formado por parcela y vivienda adjudicada por el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario— en la que se recordó que «en caso de incumplimiento de requisitos de carácter administrativo, la jurisprudencia de esta Sala admite que el acto o contrato celebrado por los particulares en sentido contrario a una disposición de esta naturaleza puede ser compatible con el mantenimiento de los efectos económicos del mismo entre las partes interesadas, cuando estos sean susceptibles de ser considerados como integrantes de un sustrato independiente del cumplimiento de la norma administrativa».

Según la doctrina jurisprudencial expuesta parece que en el caso de infracciones de normas administrativas, e incluso para cualquier supuesto que se pretenda aplicar el artículo 6.3 del Código Civil se debe:

1. Analizar la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados.
2. Valorar la gravedad y trascendencia de la pretendida infracción legal supuestamente cometida.
3. Determinar la esencialidad (o no) de la vulneración de la normativa administrativa que se dice incumplida.
4. Razonar si la pretendida infracción es incompatible con el mantenimiento de los efectos económicos del contrato celebrado entre las partes.

En concreto, respecto a Ley de Mercado de Valores³⁰, y más específicamente, sobre la vulneración de las normas de conducta de las entidades prestadoras

de servicios financieros establecidas en el precepto 79 de la citada Ley, el Alto Tribunal descartó en un caso de compraventa de acciones la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil declarando en su STS de 22 de diciembre de 2009³¹:

«Es notorio que la regulación del artículo 79 LMV y su normativa de desarrollo tienen un carácter y alcance marcadamente administrativo dirigida fundamentalmente a velar por la transparencia del mercado de valores y cuya infracción será sancionable a través del procedimiento administrativo sancionador correspondiente, sin que dicha vulneración se sancione por la propia norma con la nulidad del acto que la contradiga.

Ejercita la actora, por tanto, la acción de nulidad de las compraventas de acciones bajo una invocación genérica del artículo 6 del Código Civil por infracción del artículo 79 LMV y normativa de desarrollo contenida en el Código general de conducta de los mercados de valores que se invocan como infringidos no en la demanda sino en la apelación. Según la jurisprudencia la sanción de nulidad no se reputa doctrinalmente aplicable a supuestos de vulneración de normas administrativas (SSTS de 26 de abril de 1995, 22 de julio de 1997, 13 de mayo de 1980 y 7 de julio de 1981, entre otras).

Si la finalidad de la normativa sobre código de conducta es dar absoluta prioridad al interés del cliente y la conducta de la recurrente por lo manifestado en la propia Sentencia recurrida estaba movida por la buena fe en orden a las expectativas de los analistas expertos en estos mercados no se aprecia una contradicción o vulneración tan grosera o radical entre el acto supuestamente contrario a la norma y la finalidad perseguida por esta como para que merezca la sanción de nulidad declarada en la Sentencia recurrida. Resulta especialmente revelador que a diferencia de lo que ocurre con la propia cláusula M declarada nula, la Asociación de Consumidores demandante no formuló queja o reclamación alguna sobre estas compraventas ante el Organismo Supervisor del Mercado de Valores».

De igual manera el Tribunal Supremo había anticipado las consecuencias jurídicas de la omisión de la cumplimentación de los tests MIFID en casos de swaps en los que se alegaba error en la contratación³². Ilustrativamente a este respecto la STS de 7 de julio de 2014 indicaba³³:

«En el caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que ha contratado el swap cuando si, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto completo y de los concretos riesgos asociados al mismo; y la omisión del test que debía recoger esa valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, permite 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 del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo».

En todo caso, el Alto Tribunal suele entender a la hora de resolver esta cuestión, que la correspondiente sentencia de la Audiencia Provincial no ha anulado el contrato con base en el precepto 6.3 del Código Civil, sino por la concurrencia de un error en la contratación³⁴. Lo cual, sumado a su reiterada jurisprudencia que incide en el efecto del incumplimiento como un elemento para presuponer la concurrencia del vicio en el consentimiento, hace que en

la práctica esta cuestión no suela tratarse por el Tribunal Supremo³⁵. Este posicionamiento se refleja fielmente en la STS de 9 de diciembre de 2015, que señala³⁶:

«La infracción de la normativa reguladora del mercado de valores, que no solo tiene un carácter administrativo sino que sirve también para integrar la reglamentación de los contratos privados que se celebran en este ámbito de la contratación, imponiendo deberes que las empresas de inversión deben de observar en la contratación con sus clientes, solo sirve como parámetro para determinar el carácter sustancial del error, en cuanto que esta normativa permite identificar elementos esenciales de estos contratos (naturaleza, características y riesgos) sobre los que debe informarse al cliente para que preste un consentimiento válido al contrato, y para afirmar el carácter excusable del error.

En consecuencia, ninguna infracción, por aplicación incorrecta, ha podido cometerse del artículo 6.3 del Código Civil puesto que el mismo no ha sido aplicado».

Con base en lo anteriormente explicado, parecía que el criterio del Alto Tribunal era más favorable a no aplicar el referido precepto a los casos estudiados en este artículo. Y ese también parecía ser el posicionamiento mayoritario dentro de las Audiencias Provinciales sobre esta cuestión. Así las SSAP de Zaragoza, Sec. 5.^a, de 28 de marzo de 2011, de Barcelona, Sec. 5.^a, de 26 de enero de 2012, de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 29 de marzo de 2012 y de Asturias, Sec. 1.^a, de 11 de abril de 2014 desestimaron esta clase de pretensiones siguiendo los postulados de la citada STS de 22 de diciembre de 2009. En concreto, la SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 29 de marzo de 2012 a este respecto establecía³⁷:

«El cumplimiento de la normativa citada lo que busca a ultranza es que la entidad financiera informe cumplidamente de los productos que se han de contratar; con lo que lo trascendente desde un punto de vista civil, en cuya jurisdicción nos encontramos, no lo es si se ha cumplido escrupulosamente esa normativa, sino si el consentimiento de la contratante ha sido o no erróneamente prestado o si para obtenerlo la demandada ha hecho uso de maquinaciones insidiosas, prueba de ello es la STS de 22 de diciembre de 2009 «Es notorio que la regulación del artículo 79 LMV y su normativa de desarrollo tienen un carácter y alcance marcadamente administrativo dirigida fundamentalmente a velar por la transparencia del mercado de valores y cuya infracción será sancionable a través del procedimiento administrativo sancionador correspondiente, sin que dicha vulneración se sancione por la propia norma con la nulidad del acto que la contradiga.

Ejercita la actora, por tanto, la acción de nulidad de las compraventas de acciones bajo una invocación genérica del artículo 6 Código Civil por infracción del artículo 79 LMV y normativa de desarrollo contenida en el Código general de conducta de los mercados de valores que se invocan como infringidos no en la demanda sino en la apelación. Según la jurisprudencia la sanción de nulidad no se reputa doctrinalmente aplicable a supuestos de vulneración de normas administrativas (SSTS de 26 de abril de 1995, 22 de julio de 1997, 13 de mayo de 1980 y 7 de julio de 1981) (...).

En suma, que el cumplimiento o incumplimiento sin más de la normativa citada supra no puede determinar la estimación ni la desestimación de la demanda, sino que ha de ponerse en relación con la forma y con el modo de prestación de ese consentimiento, y es de insistir en que de las pruebas practicadas no se deriva que ese consentimiento haya sido erróneamente prestado. Se sabía qué se contrataba y

para qué, se mantuvo la validez y la eficacia de la operación en tanto beneficio y se intenta obtener su declaración de nulidad cuando perjudica, pero tanto el beneficio como el posible perjuicio eran conocidos y aceptados, hasta el punto paradigmático de que se procedió a contratar iguales productos los que con obtención de resultados favorables no han sido objeto de petición de nulidad por la actora con lo que en la instancia ha sido valorada erróneamente la prueba en relación con el deber de información de la entidad demandada».

Pero también se dictaron un cierto número de Resoluciones que sostenían lo contrario como las SSAP de Barcelona, Sec. 1.^a, de 4 de noviembre de 2013 y de Lugo, Sec. 1.^a, de 15 de abril de 2014. En concreto, la segunda sentencia citada dice³⁸:

«La recurrente considera infringido el artículo 6.3 del Código Civil EDL 1889/1 por cuanto la Sentencia de instancia declara la nulidad radical de unos contratos con base en el declarado incumplimiento de los artículos 79 y siguientes de la LMV y restante normativa sectorial aplicable, aunque el TS haya rechazado que el incumplimiento de normas imperativas pueda como norma general originar la nulidad del contrato suscrito por la necesaria aplicación moderada del artículo 6.3 del Código Civil EDL 1889/1.

El motivo tampoco puede prosperar porque la Sentencia de instancia ha motivado acertadamente la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil EDL 1889/1 en el supuesto de autos debido precisamente al grave y obstinado incumplimiento por parte de la entidad bancaria de sus obligaciones de información y asesoramiento que le correspondían, como ya se ha explicado en el fundamento jurídico precedente.

Es cierto, como indica la recurrente, que la mayor parte de las Sentencias recaídas en Juzgados y Audiencias Provinciales acogen la nulidad de la comercialización de participaciones preferentes en aquellos casos en que se acredita un error esencial y excusable en el consentimiento de los compradores en atención a que la nulidad radical prevista en el artículo 6.3 del Código Civil EDL 1889/1 habrá de aplicarse a aquellos casos en que pueda probarse, en atención a la índole y finalidad de la norma legal contrariada y las circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, que la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico, como indica la citada Sentencia del TS de 22 de diciembre de 2009.

Pero, en el caso enjuiciado, la prueba inequívoca de que la entidad bancaria comercializó los productos con temerario desprecio de sus obligaciones, abundando en el engaño cualificado por el abuso de la confianza en ella depositada por sus clientes, lleva a la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil EDL 1889/1 al presente supuesto, aplicación que no rebasa, en las circunstancias concurrentes, el carácter moderado como exige la jurisprudencia».

Consecuentemente, ante la falta de un pronunciamiento claro sobre la materia del Tribunal Supremo, la jurisprudencia menor se mostraba dividida en cuanto a posibilidad de anular los contratos bancarios o de inversión por la vulneración de la normativa administrativa concreta que regula su comercialización y otros aspectos. Con este estudio se pretende aclarar y profundizar en la superación de dicha situación mediante las SSTS de 22 de octubre de 2015, de 11 de marzo de 2016 y de 3 de junio de 2016.

II. SENTENCIAS DEL ALTO TRIBUNAL ANALIZADAS

1. STS DE 22 DE OCTUBRE DE 2015

Esta resolución es una de las primeras sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, que aborda el tema y rechaza la aplicación del precepto 6.3 del Código Civil en casos de infracción de normativa bancaria en la comercialización de una permuta financiera ligada a la inflación.

A) Antecedentes

Este litigio se inició a instancia de una mercantil, que en su demanda presentada en septiembre de 2010 solicitaba la nulidad de un *swap* ligado a la inflación contratado en junio de 2008, que se procediera a condenar a la entidad financiera comercializadora y contraparte del susodicho derivado a devolver las cantidades cobradas en virtud de las liquidaciones del producto (57.459,76 euros) junto con los intereses correspondientes y las costas. Entre otros argumentos se esgrimía la concurrencia de un vicio en el consentimiento (además de otras acciones ejercitadas subsidiariamente como la basada en el art. 6.3 del Código Civil)³⁹.

Tras la contestación a la demanda por el banco y cumplimentados los demás trámites procesales, se dictó la sentencia de primera instancia por la que se desestimó la demanda⁴⁰. La resolución judicial fue recurrida en apelación por la actora, estimándose el recurso, declarándose la nulidad del contrato y condenando a lo solicitado en la demanda⁴¹.

Posteriormente el banco interpuso recurso de casación por alegada infracción de los artículos relativos al error en la contratación (1265 y 1266 del Código Civil), así como el precepto 79 bis de la Ley de Mercado de Valores por el declarado incumplimiento de los deberes de información y el artículo 6.3 del Código Civil por la inaplicación de la correcta interpretación del referido precepto⁴².

Entre los hechos declarados probados habría que destacar que en junio de 2008 se celebró entre la actora y la entidad financiera un *swap* ligado a la inflación con un nocional de 600.000 euros. En el año 2009 se recibió una liquidación negativa de 21.600 euros, que motivó las protestas de la demandante y el ofrecimiento por el banco de la cancelación de la permuta financiera mediante el pago de 205.605 euros, que serían financiados mediante un préstamo con la misma entidad. En el año 2010 se recibió una nueva liquidación negativa por importe de 35.660 euros. Todo lo cual motivó la interposición de la demanda por la parte actora.

B) Doctrina relevante sobre el artículo 6.3 del Código Civil

La Sentencia comienza precisando que la resolución de la Audiencia Provincial no anula el contrato litigioso por aplicación del precepto 6.3 del Código Civil⁴³. Sin perjuicio de lo anterior, por lo que aparentemente esta parte del pronunciamiento judicial debe considerarse como un *obiter dicta*, la mentada resolución afirma que «*la infracción de la normativa reguladora del mercado de valores que regula la información que las empresas de inversión deben dar a sus clientes no provoca por sí misma la nulidad del contrato, pero sirve para determinar el carácter sustancial y excusable del error*»⁴⁴.

Por lo tanto, esta sentencia resulta de especial interés porque, aunque sea en un *obiter dicta*, afirma con rotundidad que la infracción del deber informativo contenido en la regulación del mercado de valores no puede motivar por sí sola la nulidad con base en el artículo 6.3 del Código. Lo cual no obsta a la consecuencia que tal incumplimiento tiene en sede del error en la contratación según reiterada jurisprudencia del Alto Tribunal⁴⁵.

2. STS DE 11 DE MARZO DE 2016

Esta resolución judicial se limita a confirmar la anterior sin entrar en más detalle⁴⁶, porque realmente entiende que la sentencia de segunda instancia no declaró la nulidad del contrato con base en el referido artículo.

A) *Hechos y aspectos procesales de importancia*

En este litigio una compañía interpuso demanda contra una entidad financiera el 3 de enero de 2011, solicitando la nulidad de un contrato marco de operaciones financieras y las confirmaciones de dos *swaps* concluidos el 27 de abril de 2006 y el 9 de febrero de 2007.

El escrito rector solicitaba la nulidad de dichos contratos por una supuesta inexistencia de consentimiento contractual, por una pretendida concurrencia de un error como vicio del consentimiento y por resultar gravemente perjudiciales tales negocios jurídicos para el interés del concurso y de los acreedores.

Junto con la solicitud señalada se instaba la restitución recíproca de las prestaciones y la condena en costas⁴⁷.

El banco contestó en debido plazo a la demanda, instando la íntegra desestimación de la demanda, y subsidiariamente, para el caso de que resultase estimada la resolución contractual en interés del concurso, se reconociera un crédito contra la masa a favor de la entidad financiera⁴⁸.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda, declarando la nulidad de los contratos litigiosos, ordenando la restitución recíproca sin condena en costas⁴⁹.

El banco recurrió en apelación, pero el recurso fue desestimado por la Audiencia Provincial⁵⁰.

La entidad financiera interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación por varios motivos. Entre ellos se encontraba la alegada inaplicación de la correcta interpretación del artículo 6.3 del Código Civil, que exige una moderada aplicación de la teoría de la nulidad de los contratos por contravención de normas imperativas⁵¹.

En este caso se declaró probado⁵² que las partes habían suscrito un contrato marco de operaciones financieras (CMOF) el 27 de abril de 2006, en el seno del cual concertaron una permute financiera de tipos de interés con inicio el 2 de mayo de 2006, nominal de 500.000 euros y vencimiento el 4 de mayo de 2009.

El 9 de febrero de 2007 firmaron un documento de cancelación de la anterior permute financiera en el que acordaron cancelar anticipadamente la operación en su totalidad el día 9 de febrero de 2007, con un gasto para el cliente de 13.966 euros. En el mismo documento se concertó un nuevo contrato de permute financiera de tipos de interés, con inicio el 12 de febrero de 2007, nominal de 500.000 euros y vencimiento de 13 de febrero de 2012.

La conclusión del contrato marco de operaciones financieras y del primer *swap* estaba vinculada al negocio jurídico de arrendamiento financiero núm. 6461480 y a la póliza de crédito bajo la modalidad de anticipo de documentos mercantiles, ambos celebrados el 8 de mayo de 2006. El segundo contrato de permuta financiera generó pérdidas para la demandante hasta noviembre de 2010 (que se cifraban en 13.278,14 euros, teniendo en cuenta la liquidación de abonos y cobros).

B) *Doctrina en la materia*

Nuevamente en un pronunciamiento *obiter dicta*, el Alto Tribunal de forma lacónica señala⁵³:

«La Sentencia de la Audiencia Provincial recurrida no anula el contrato por aplicación del artículo 6.3 del Código Civil, sino por la concurrencia de error vicio del consentimiento, que era la causa alegada en la demanda.

Como ya dijimos en la Sentencia 549/2015 de 22 de octubre, la infracción de la normativa reguladora del mercado de valores que regula la información que las empresas de inversión deben dar a sus clientes no provoca por sí misma la nulidad del contrato, pero sirve para determinar el carácter sustancial y excusable del error. Y así se ha hecho en la Sentencia recurrida, en la que se declara la nulidad de los swap concertados ya que la falta de información precisa, correcta y adecuada por parte del Banco Santander determina la concurrencia de error excusable en la demandante y hoy recurrida».

Por consiguiente, se confirma el posicionamiento anterior, aunque se realice mediante un *obiter dicta*.

3. STS DE 3 DE JUNIO DE 2016

Este pronunciamiento supone el afianzamiento de la doctrina contenida en las resoluciones anteriormente comentadas⁵⁴, así como su profundización respecto a la no procedencia de la apreciación de oficio de la nulidad por el incumplimiento de la normativa MIFID.

A) *Cuestiones fácticas y procesales previas*

En este caso una persona física interpuso una demanda instando la nulidad de las cláusulas relativas al derivado financiero del préstamo suscrito con la entidad financiera demandada el 16 de julio de 2008, argumentando que el actor tenía la condición de minorista y que el banco incumplió sus deberes de información previstos en el artículo 79 de la LMV respecto al *swap*⁵⁵.

El banco contestó a la demanda solicitando su íntegra desestimación con condena en costas⁵⁶.

La resolución de primera instancia desestimó la primera acción ejercitada (la nulidad parcial del contrato de préstamo por error en el consentimiento), pero sí declaró la nulidad de la totalidad del préstamo con el derivado implícito por existir un error esencial y excusable motivado por préstamo junto con el incumplimiento del deber de información del banco para con el actor, que era considerado un cliente minorista⁵⁷.

Dicha Sentencia fue recurrida en apelación por la entidad financiera, impugnando a su vez la demandante la desestimación de la pretensión principal mencionada. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y desestimó la impugnación y, por ende, la demanda, al declarar que no cabía pedir la nulidad parcial de un contrato basado en el error vicio, puesto que las condiciones económicas esenciales de la operación de préstamo están directamente relacionadas y determinadas por la existencia del derivado financiero implícito⁵⁸.

Frente a la sentencia de segunda instancia, el actor interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación con base en la infracción de la jurisprudencia sobre la nulidad de oficio vinculada con los artículos 6.3 y 7 del Código Civil y el precepto 1265 del mismo cuerpo normativo⁵⁹.

En este proceso los hechos relevantes declarados acreditados en la instancia consistían en la concertación el 16 de julio de 2008 entre el demandante y el banco de un préstamo con derivado financiero implícito para financiar una inversión en huerta solar en Albacete. Se trataba de un negocio que no estaba relacionado con la actividad habitual de fisioterapia a la que se dedicaba el actor. La suma objeto del préstamo era 543.000 euros.

Un año después de la suscripción del contrato litigioso, el demandante advirtió las consecuencias del derivado implícito por la bajada de los tipos de interés y acudió al banco a intentar cancelarlo. La entidad financiera le informó que el coste de cancelación del *swap* sería de 65.320,16 euros, ante lo que el actor decidió interponer la demanda⁶⁰.

B) Pronunciamientos de especial interés

Esta Resolución, reproduciendo otras anteriores, declara con rotundidad que no procede la nulidad absoluta apreciable de oficio por la vulneración del artículo 79bis de la Ley de Mercado de Valores. En concreto, esta Sentencia dice⁶¹:

«(...) la infracción de los deberes legales de información contenidos en el artículo 79 bis LMV, incorporados con la Ley 47/2007, de 15 de noviembre, que traspuso la Directiva MiFID, no vicia por sí de nulidad absoluta el contrato o negocio, y por ello no puede ser apreciada de oficio.

En la Sentencia 716/2014, de 15 de diciembre, después de recordar que la normativa comunitaria MiFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, analizamos si, de conformidad con nuestro derecho interno, cabría justificar la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero complejo en el mero incumplimiento de los deberes impuestos en el artículo 79 bis LMV, al amparo del artículo 6.3 del Código Civil, y concluimos que no.

«Conforme al artículo 6.3 del Código Civil, «(l)os actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención». La norma legal que introdujo los deberes legales de información del artículo 79bis LMV no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero. Sin embargo sí que dispuso expresamente otro efecto distinto, de orden administrativo para el caso de contravención. La Ley 47/2007, al tiempo que traspuso la Directiva MiFID, estableció una sanción específica para el incumplimiento de estos deberes de información del artículo 79 bis, al calificar esta conducta de «infracción muy grave» (art. 99.2.zbis LMV), lo que permite la

apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas (art. 97 y sigs. LMV).

Con lo anterior no negamos que la infracción de estos deberes de información pueda tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014.

Pero la mera infracción de estos deberes, en concreto, en este caso el deber de recabar el test de conveniencia, no conlleva por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato, como pretende el recurrente, por las razones antes apuntadas y porque, con la contravención de estos deberes legales no cabe advertir que se hayan traspasado los límites autonomía privada de la voluntad (art. 1255 del Código Civil)».

Por lo tanto, mediante la técnica de remisión a un pronunciamiento anterior que se centraba en la falta de realización del test de conveniencia, esta Sentencia descarta la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil porque la norma administrativa vulnerada impone como consecuencia de su infracción una sanción administrativa y porque no se han traspasado los límites de la autonomía de la voluntad. Lo cual no deja de ser coherente con los criterios generales que había mantenido el Tribunal Supremo respecto a la aplicación del citado precepto⁶².

III. PRONUNCIAMIENTOS POSTERIORES DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

Posteriormente sigue habiendo pocos pronunciamientos de las Audiencias Provinciales que traten expresamente esta cuestión. Pero los que hay parecen seguir los postulados explicados de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En este sentido la SAP de Soria, Sec. 1.^a, de 27 de abril de 2016, en un voto particular indica⁶³:

«El eventual incumplimiento de preceptos que determinan normativamente el contenido del deber de información, no cabe anudarlo a un supuesto de nulidad radical, sino, en todo caso, a la causación de un vicio de consentimiento por error o dolo. Efectivamente, tal y como recoge la SAP de La Coruña de 31/07/2015, existe un importante bloque jurisprudencial que viene reiterando que el incumplimiento de la normativa sectorial, no puede reputarse determinante para los tribunales civiles a la hora de resolver litigios como el que nos ocupa hasta el punto de sustentar en ella la nulidad de pleno derecho de los contratos derivada de la contravención de normas imperativas (art. 6.3 del Código Civil (EDL 1889/1)), sin perjuicio de que el incumplimiento de deber informativo pueda producir un consentimiento no informado y por tanto viciado por concurrir error, lo que en el presente supuesto, ya hemos expuesto, no cabe apreciar por caducidad de la acción».

De forma parecida la SAP de Vizcaya, Sec. 5.^a, de 20 de septiembre de 2016 en un litigio de permutas financieras sostiene⁶⁴:

«Sostiene la representación actora (...) en un alegato impugnatorio que no va aquí a prosperar en cuanto sustentada en contravención de normas imperativas, con cita del artículo 6.3 del Código Civil, por no haber proporcionado la demandada a su cliente en la comercialización del producto la información debida y exigida por la LMV y su Reglamento de Desarrollo, esta Sala tiene reiterada la improce-

dencia de una declaración de nulidad absoluta cuando la normativa del mercado de valores que se sostiene infringida no sanciona con la nulidad contractual este incumplimiento y tampoco se está en un supuesto de nulidad absoluta contemplada en el Código Civil».

De manera similar la SAP de Pontevedra, Sec. 6.^a, de 3 de octubre de 2016, en caso de swaps comenta⁶⁵:

«Se plantea a través del recurso las consecuencias que cabría derivar de la infracción del deber de información y concretamente la nulidad basada en el artículo 6.3 del Código Civil.

(...)

Decíamos en nuestra Sentencia [STS Sala Primera, de 30 de junio de 2015] que, acuerdo con esta doctrina del TJUE, la normativa comunitaria MiFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, lo que nos llevaba a analizar si, de conformidad con nuestro Derecho interno, cabría justificar la nulidad del contrato de adquisición de este producto financiero complejo en el mero incumplimiento de los deberes de información impuestos por el artículo 79.bis Ley del Mercado de Valores, al amparo del artículo 6.3 del Código Civil. Tomábamos en consideración que la norma legal que introdujo los deberes legales de información del artículo 79.bis de la Ley del Mercado de Valores no estableció, como consecuencia de su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero, sino otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención. La Ley 47/2007, al tiempo que traspuso la Directiva MiFID, estableció una sanción específica para el incumplimiento de estos deberes de información del artículo 79.bis, al calificar esta conducta de «infracción muy grave» (art. 99.2zbis LMV), lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercado de Valores para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas (art. 97 y sigs. de la Ley del Mercado de Valores)».

La Sentencia concluye afirmando que «Con lo anterior no negábamos que la infracción de estos deberes legales de información pudiera tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, pero considerábamos que la mera infracción de estos deberes de información no conllevaba por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato».

En la STS Sala Primera de 11 de marzo de 2016 se reitera dicho criterio al señalar que «Como ya dijimos en la Sentencia 549/2015 de 22 de octubre, la infracción de la normativa reguladora del mercado de valores que regula la información que las empresas de inversión deban dar a sus clientes no provoca por sí misma la nulidad del contrato, pero sirve para determinar el carácter sustancial y excusable del error».

Por lo tanto debemos desestimar igualmente en este punto el recurso de apelación, ya que la infracción de la normativa reguladora contemplada en normas imperativas no conlleva la nulidad del contrato, aun cuando obviamente debe ser analizada para determinar la posible existencia de vicio de consentimiento al haber podido ser prestado por error».

En esa misma línea la SAP de Zaragoza, Sec. 2.^a, de 4 de octubre de 2016 señala en un pleito de participaciones preferentes⁶⁶:

«En cuanto a la nulidad interesada por infracción de normas imperativas, hay que remitirse a las Resoluciones de esta misma Sala (sin ir más lejos la reciente de fecha 20 de septiembre de por citar una reciente) en las que se viene poniendo

de relieve que las supuestas infracciones de la normativa sectorial administrativa, en concreto en el ámbito del Mercado de Valores tienen atribuidas consecuencias distintas de la nulidad negocial, pues giran dentro del ámbito sancionador administrativo (art 95 a 107) por lo que de conformidad con el artículo 6.3 del Código Civil (EDL 1889/1), aquellas serán las consecuencias marcadas por el Ordenamiento Jurídico, caso de infracción.

El Tribunal Supremo con referencia a la infracción de las normas imperativas en el ámbito de la contratación financiera pone de relieve que no llevan a la nulidad radical de los contratos en los que se ha producido la infracción en cuanto la Sentencia del TS de 30 de junio de 2015, reiterando jurisprudencia anterior, ha declarado que:

«Consecuencias de esta infracción. La Sentencia de esta Sala núm. 716/2014, de 15 diciembre, ha afirmado que la ya citada STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-604/11 (EDJ 2013/69039), caso Genil 48 S.L., en su apartado 57, declaró que “si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 (EDL 2004/44323) prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, esta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que traspone el artículo 9, apartados 4 y 5, de las Directiva 2004/39, ni cuáles podrían ser esas consecuencias” y que, en consecuencia, “a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad (vid. Sentencia de 19 de julio de 2012, caso Littlewoods Retail (C-591/10), apartado 27)».

Por su parte, la SAP de Madrid, Sec. 20.^a, de 30 de diciembre de 2016 en un caso de bonos comenta⁶⁷:

«De este modo, la normativa comunitaria MiFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, lo que nos lleva a analizar si, de conformidad con nuestro derecho interno, cabría justificar la nulidad del contrato de adquisición de este producto financiero complejo en el mero incumplimiento del deber de recabar el test de adecuación, al amparo del artículo 6.3 del Código Civil.

13. Conforme al artículo 6.3 del Código Civil, “(l)os actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”. La norma legal que introdujo los deberes legales de información del artículo 79 bis LMV no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero. Sin embargo sí que dispuso expresamente otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención. La Ley 47/2007, al tiempo que traspuso la Directiva MiFID, estableció una sanción específica para el incumplimiento de estos deberes de información del artículo 79 bis, al calificar esta conducta de “infracción muy grave” (art. 99.2.zbis LMV), lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercados de Valores (CNMV) para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas (art. 97 y sigs. LMV).

Con lo anterior no negamos que la infracción de estos deberes legales de información pueda tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la

falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014».

Consecuentemente, las Audiencias Provinciales parecen alinearse con los pronunciamientos estudiados en este artículo⁶⁸, rechazando de manera tajante la posibilidad de anular un contrato por los referidos incumplimientos de normativa bancaria.

IV. ANÁLISIS CRÍTICO DEL POSICIONAMIENTO JURISPRUDENCIAL ESTUDIADO

Como ha podido constatarse en un apartado anterior⁶⁹, el Tribunal Supremo desecha la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil claramente, pero no proporciona una amplia justificación y razonamiento para ello (a diferencia de lo acontecido con la STS de 22 de diciembre de 2009 y lo aparentemente exigido por su jurisprudencia anterior).

El posicionamiento puede parecer acertado, además de por otros motivos, por coherencia con sus propios criterios establecidos anteriormente, como el del hecho de que sea una normativa específica que impone sanciones y responsabilidad civil (no la nulidad) la que puede resultar infringida, de que tal regulación sea administrativa, que aparentemente se trate de un defecto subsanable en el tiempo⁷⁰ (al en teoría poderse cumplir a posteriori y confirmar el consentimiento que haya podido estar viciado).

También parecía presagiar la no aplicación del referido artículo pronunciamientos anteriores del Tribunal Supremo, como las SSTS de 14 de marzo de 1983 y de 29 de marzo de 1986 que declaran la nulidad por falta de consentimiento de un copartícipe (porque en estos casos podría argumentarse que falta el válido consentimiento del cliente), o más cercanamente, la STS de 22 de diciembre de 2009, que ha sido previamente reproducida⁷¹.

Aunque hay otros criterios que permitirían sostener la posición contraria, como el interpretar que el incumplimiento de la normativa bancaria implica la ausencia del elemento esencial del consentimiento informado que se requiere para la conclusión del contrato de inversión (modelo quinto descrito en la STS de 10 de noviembre de 1964), que se trata de una prohibición con causa perpetua, teniendo la regulación bancaria analizada una función protectora de los intereses del mercado y de una de las partes del contrato (el consumidor)⁷².

En este sentido, CARRASCO PERERA ya había comentado anteriormente que a estos efectos había que tener en cuenta el objeto de protección de la norma⁷³, (que es desarrollado particularmente por REDONDO TRIGO⁷⁴ para el caso de la regulación MIFID), la justicia contractual (reciprocidad de riesgos y prestaciones)⁷⁵, así como los efectos beneficiosos para el interés protegido, el coste de su realización y la eficacia de la nulidad como medida de prevención general⁷⁶, la posible instrumentalización de la contravención mediante cláusulas contractuales que pueden pretender simular un cumplimiento inexistente en la práctica⁷⁷ y la reprochabilidad o inocencia que pueda haber en quien demanda y quien se opone a la nulidad⁷⁸. Todos estos criterios parecían presagiar que la solución que aplicaría el Alto Tribunal sería declarar la nulidad *ex artículo 6.3* del Código Civil ante una vulneración de la normativa MIFID.

Así REDONDO TRIGO⁷⁹, estudiando particularmente la posible aplicación del citado precepto en supuestos de contravenciones de la regulación MIFID, indica:

«Es decir, en nuestro caso, una contratación sin observación de las normas de conducta tipificadas supone que en la gran mayoría de los supuestos nos encontramos ante negocios jurídicos contraídos sin la constancia de los requisitos protectores establecidos de obligada observación, por lo que, no estaremos normalmente ante una simple omisión de lo preceptuado, sino ante una negociación en términos diferentes a los ordenados, debido al propio carácter y contenido de las normas de conducta aludidas.

(...)

Las normas de conducta analizadas colman las obligaciones de información que la empresa de servicios de inversión ha de realizar a su cliente en base principalmente al principio general de la buena fe (arts. 7 del Código Civil y 57 del Código de Comercio), siendo muy relevantes en cuanto proporcionan adecuadamente elementos de interpretación contractual (arts. 1281 y sigs. del Código Civil), e incluso, juegan un papel primordial como protección frente al dolo in contrahendo (arts. 1269 y 1270 del Código Civil), lo que supone evidentemente que dichas obligaciones de información impliquen un elemento esencial para la asunción de riesgos en la contratación del derivado por parte del cliente, proporcionando al mismo los correctos juicios de valor necesarios para la libre formación de su voluntad.

Por otro lado, el deber de cuidado y diligencia existente en el asesoramiento, así como el de no anteponer los intereses propios de la empresa de servicios de inversión frente a los del cliente, suponen que no solo dicha fase precontractual, sino en el propio devenir del contrato, la infracción de los mismos genere un desequilibrio de las prestaciones con clara infracción de la comunitatividad contractual (*vid. art. 1289 del Código Civil*).

En función a dichas bases, la sanción administrativa o incluso la responsabilidad civil (contractual o extracontractual) no colman la finalidad jurídico-protectora del inversor de los mercados de valores (...)

De ahí que la finalidad protectora de estas normas de conducta esté íntimamente ligada —en nuestra opinión— a la comunitatividad contractual, por lo que la desigualdad producida en la contratación al haberse infringido tales normas de conducta no puede quedar subsanada si no se otorga además la posibilidad de la nulidad del negocio jurídico convenido, cumpliendo la misma, la verdadera satisfacción del contratante».

Nótese que todos estos motivos y argumentos no son rebatidos o rechazados por las sentencias estudiadas en este trabajo. Y que los mismos pueden resultar en principio tan plenamente aplicables y acertados como los pronunciamientos del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2015, de 11 de marzo de 2016 y 3 de junio de 2016.

Por consiguiente, parece que aunque existe un criterio claro fijado por varias sentencias del Tribunal Supremo respecto a la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil en casos de vulneraciones de la normativa MIFID, la solución puede o podría ser otra siguiendo pronunciamientos y criterios suyos anteriores. Lo cual parece confirmar que la solución dada por el Alto Tribunal no deja de responder a la flexibilidad y discrecionalidad que disponen los tribunales para aplicar caso a caso el referido precepto.

V. CONCLUSIONES

De la jurisprudencia menor, doctrina y principalmente de las resoluciones estudiadas del Tribunal Supremo pueden inferirse las siguientes conclusiones

sobre la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil en los litigios sobre productos bancarios, financieros o de inversión en los que se alega la vulneración de normativa bancaria:

I. La nulidad radical sancionada por el citado precepto para los supuestos de contravención de normas imperativas tiene un ámbito de aplicación general, abarcando supuestos de regulación societaria, fiscal, administrativa, sucesoria, etc.

II. El Tribunal Supremo ha seguido diversos modelos complementarios y no secuenciales en el tiempo que plantean una serie de criterios algo indeterminados para la aplicación del mencionado artículo.

III. Con independencia del modelo seguido para la resolución del pleito concreto, la jurisprudencia tiende a resolver con flexibilidad y casuísticamente cada caso.

IV. Habitualmente el Alto Tribunal ha rechazado aplicar el precepto 6.3 del Código Civil en casos de regulación administrativa.

V. Había jurisprudencia menor y tratadistas con posiciones encontradas sobre la posible aplicación del señalado artículo para los supuestos de infracción de la normativa bancaria, y más específicamente, de la Ley Mercado de Valores respecto a las obligaciones establecidas en cuanto a la comercialización de productos bancarios o de inversión.

VI. El Tribunal Supremo ha descartado de forma tajante la posibilidad de anular un contrato únicamente por la vulneración de las referidas normas en sus SSTS de 22 de octubre de 2015, de 11 de marzo de 2016 y de 3 de junio de 2016. (Tanto respecto de la infracción del deber informativo como sobre la falta de cumplimentación de los tests MIFID). Sin perjuicio de lo anterior, y ante la falta de un mayor desarrollo argumental en tales pronunciamientos, aparentemente existen criterios apuntados por el propio Alto Tribunal en Sentencias anteriores que permitirían sostener una solución en sentido contrario.

VII. Las Audiencias Provinciales han continuado aplicando la doctrina mayoritaria anterior que rechazaba la aplicación del precepto 6.3 del Civil en estos supuestos, siguiendo en algunas ocasiones de manera expresa los postulados de las sentencias analizadas en este trabajo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- CARRASCO PERERA, Á. (1992). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Albaladejo García, M. y Díaz Alabart, S. (dirs.), EDERSA, Madrid.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE, L. (2007). *Fundamentos de Derecho Patrimonial I*, 6.^a ed., Civitas, Madrid.
- GARCÍA ANGULO, B. L. (2011). *Nulidad de los contratos Swap en la jurisprudencia*, Eolas.
- GARCÍA-PITA LASTRES, J. L. (2009). *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo XXXIX, V. 5.^º, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A. (coords.) (2013). *Derecho Mercantil. La contratación bancaria*, V. 7.^º, 15.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- JUAN GÓMEZ, M. (2011). Aproximación práctica a la figura del interest rate swap o permuta financiera de tipos de interés, *Diario La Ley*, núm. 7581, Sección Doctrina, 3 de marzo de 2011, Año XXXII.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2010). *Contratos. Principios de Derecho Civil*, T. III, 13.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

- MARÍN NARROS, H. D. (2015). Estudio sobre las cuestiones controvertidas recurrentes en los pleitos de participaciones preferentes conforme a las SSTS de 18 de abril de 2013 y de 8 de septiembre de 2014, así como la jurisprudencia menor, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 748.
- (2013). Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los swaps, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737.
- (2015). La cumplimentación de los conocidos como tests MIFID conforme a la interpretación de la STS de 20 de enero de 2014 y del resto de jurisprudencia, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 751.
- PASQUAU LIAÑO, M. (2000). *Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil*, Comares, Granada.
- PUYOL MONTERO, F. J. y FLUITERS CASADO, R. (dirs.) (2004). *Contratos bancarios*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2000), *Comentarios al Código Civil I*, Rams Albesa, J. y Moreno Flórez, R. M. (coords.), Bosch, Barcelona.
- REDONDO TRIGO, F. (2011). La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723.
- RODRÍGUEZ MORATA, F. (2009). *Comentarios al Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 3.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor.

VII. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL

- STS de 31 de marzo de 1981
- STS de 7 de julio de 1981
- STS de 26 de junio de 1982
- STS de 29 de enero de 1983
- STS de 14 de marzo de 1983
- STS de 8 de julio de 1983
- STS de 3 de diciembre de 1984
- STS de 20 de mayo de 1985
- STS de 5 de noviembre de 1985
- STS de 29 de marzo de 1986
- STS de 21 de junio de 1986
- STS de 4 de diciembre de 1986
- STS de 17 de octubre de 1987
- STS de 26 de junio de 1989
- STS de 15 de diciembre de 1989
- STS de 17 de febrero de 1992
- STS de 3 de septiembre de 1992
- STS de 15 de febrero de 1993
- STS de 22 de julio de 1993
- STS de 27 de diciembre de 1993
- STS de 26 de abril de 1995
- STS de 13 de noviembre de 1995
- STS de 3 de junio de 1996
- STS de 20 de junio de 1996
- STS de 18 de febrero de 1997

- STS de 24 de abril de 1997
- STS de 22 de julio de 1997
- STS de 23 de diciembre de 1997
- STS de 20 de julio de 1998
- STS de 22 de diciembre de 2009
- STS de 20 de enero de 2014
- STS de 7 de julio de 2014
- STS de 8 de julio de 2014
- STS de 22 de octubre de 2015
- STS de 25 de noviembre de 2015
- STS de 9 de diciembre de 2015
- STS de 10 de diciembre de 2015
- STS de 17 de diciembre de 2015
- STS de 11 de marzo de 2016
- STS de 8 de abril de 2016
- STS de 11 de mayo de 2016
- STS de 3 de junio de 2016

RESOLUCIONES DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Zaragoza, Sec. 5.^a, de 28 de marzo de 2011
- SAP de Barcelona, Sec. 5.^a, de 26 de enero de 2012
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 29 de marzo de 2012
- SAP de Barcelona, Sec. 1.^a, de 4 de noviembre de 2013
- SAP de Oviedo, Sec. 1.^a, de 11 de abril de 2014
- SAP de Lugo, Sec. 1.^a, de 15 de abril de 2014
- SAP de Soria, Sec. 1.^a, de 27 de abril de 2016
- SAP de Barcelona, Sec. 13.^a, de 15 de septiembre de 2016
- SAP de Vizcaya, Sec. 5.^a, de 20 de septiembre de 2016
- SAP de Madrid, Sec. 11.^a, de 29 de septiembre de 2016
- SAP de Pontevedra, Sec. 6.^a, de 3 de octubre de 2016
- SAP de Zaragoza, Sec. 2.^a, de 4 de octubre de 2016
- SAP de Barcelona, Sec. 13.^a, de 30 de noviembre de 2016
- SAP de Madrid, Sec. 20.^a, de 30 de diciembre de 2016

NOTAS

¹ Vid. GARCÍA ANGULO, B. L. (2011). *Nulidad de los contratos Swap en la jurisprudencia*, Eolas, GARCÍA-PITA LASTRES, J. L. (2009). *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo XXXIX, V. 5.^a, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A. (coords.) (2013). *Derecho Mercantil. La contratación bancaria*, V. 7.^a, 15.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, JUAN GÓMEZ, M. (2011). Aproximación práctica a la figura del *interest rate swap* o permuta financiera de tipos de interés, *Diario La Ley*, núm. 7581, Sección Doctrina, 3 de marzo de 2011, Año XXXII, PUYOL MONTERO, F. J. y FLUITERS CASADO, R. (dir.) (2004). *Contratos bancarios*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

² Cfr. MARÍN NARROS, H. D. (2015). «Estudio sobre las cuestiones controvertidas recurrentes en los pleitos de participaciones preferentes conforme a las SSTS de 18 de abril de 2013 y de 8 de septiembre de 2014, así como la jurisprudencia menor», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 748, MARÍN NARROS, H. D. (2013). «Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los swaps», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*,

núm. 737, REDONDO TRIGO, F. (2011), «La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723. También *vid.* SSAP de Zaragoza, Sec. 5.^a, de 28 de marzo de 2011, de Barcelona, Sec. 5.^a, de 26 de enero de 2012, de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 29 de marzo de 2012, de Barcelona, Sec. 1.^a, de 4 de noviembre de 2013, de Oviedo, Sec. 1.^a, de 11 de abril de 2014 y de Lugo, Sec. 1.^a, de 15 de abril de 2014, entre otras.

³ Cfr. PASQUAU LIÑO, M. (2000). *Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil*, Comares, Granada, p. 59.

⁴ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2000). *Comentarios al Código Civil I*, Rams Albesa, J. y Moreno Flórez, R. M. (coords.), Bosch, Barcelona, pp. 248 y sigs., RODRÍGUEZ MORA-TA, F. (2009). *Comentarios al Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 3.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 62. De igual manera se ha pronunciado alguna sentencia como la STS de 26 de junio de 1982.

⁵ Cfr. CARRASCO PERERA, Á. (1992), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Albaladejo García, M. y Díaz Alabart, S. (dirs.), EDERSA, Madrid, pp. 785 y sigs.

⁶ Cfr. CARRASCO PERERA, Á. (1992), *op. cit.*, pp. 776 y sigs., que también analiza su aplicación en el caso de infracción de normas constitucionales.

⁷ Cfr. CARRASCO PERERA, Á. (1992), *op. cit.*, p. 776.

⁸ Cfr. PASQUAU LIÑO, M. (2000), *op. cit.*, p. 59.

⁹ Cfr. PASQUAU LIÑO, M. (2000), *op. cit.*, p. 59.

¹⁰ Cfr. STS de 21 de junio de 1986.

¹¹ Cfr. STS de 21 de enero de 1942.

¹² Cfr. STS de 27 de diciembre de 1993.

¹³ Cfr. SSTS de 26 de junio de 1989, de 18 de febrero de 1997 y de 23 de diciembre de 1997. Así CARRASCO PERERA indica que los contratos son el «territorio normativo donde mayoritariamente tiene aplicación el artículo 6.3». Cfr. *op. cit.*, p. 782. De igual manera, *vid. op. cit.*, p. 811.

¹⁴ Cfr. *op. cit.*, p. 787.

¹⁵ Cfr. PASQUAU LIÑO, M. (2000), *op. cit.*, p. 59.

¹⁶ Cfr. PASQUAU LIÑO, M. (2000), *op. cit.*, p. 59.

¹⁷ Según CARRASCO PERERA tales modelos se fundamentan en la flexibilidad, sin que la validez tenga que estar expresamente ordenada en el texto de la norma vulnerada, atendiendo a una interpretación teleológica de la regulación y distinguiendo entre requisitos sustanciales y formalidades accidentales (primer modelo expuesto en la STS de 19 de octubre de 1944); en la exclusión de aplicación del artículo 6.3 del Código Civil cuando haya una legislación especial en la materia (modelo segundo con la STS de 28 de enero de 1958 como exponente. Nótese que en nuestro caso si hay legislación especial que permitiría abogar por la no aplicación del precepto estudiado); diferenciar la nulidad expresa (declarada por una norma específica) y nulidad virtual (actos que contrarían un precepto legal que no establece expresamente su validez o nulidad), aplicándose en el último supuesto el test de la totalidad de las circunstancias, incluyendo los móviles y los efectos previsibles de los actos (tercer modelo representado por la STS de 27 de febrero de 1964), se convierte el precepto 6.3 del Código Civil en inútil, al declarar que el mismo no es, de por sí, bastante para fundar una declaración de nulidad (cuarto modelo ilustrado en la STS de 26 de mayo de 1964, aunque se sostiene que el Tribunal Supremo no ha hecho un uso real de este modelo); aplicar la nulidad del mencionado artículo cuando se trate de un acto constitutivo de estado o condición para cuya eficacia exija la ley determinados requisitos, y falte alguno esencial en el evento de que se trate (quinto modelo descrito en la STS de 10 de noviembre de 1964) y se aboga por la nulidad parcial (solo procediendo esta respecto de los contratos que únicamente alguno de sus pactos sea contrario a la ley y además conste que se habría concertado el negocio jurídico sin la parte nula) (modelo sexto establecido en la STS de 17 de octubre de 1987, que ha sido especialmente criticado por la doctrina por el requisito adicional de contemplar expresamente la voluntad de continuar con la validez del contrato). Cfr. *op. cit.*, pp. 788 y sigs.

¹⁸ Como exponentes de la misma pueden citarse las SSTS de 27 de febrero de 1964, de 26 de mayo de 1964 y de 10 de noviembre de 1964.

¹⁹ Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto.

²⁰ Cfr. CARRASCO PERERA, Á. (1992), *op. cit.*, pp. 789 y 791, que llega incluso a hablar de «imposibilidad de poner límites a la discrecionalidad jurisprudencial».

²¹ Cfr. SSTS de 23 de diciembre de 1976, de 29 de enero de 1983, de 15 de diciembre de 1989, de 22 de julio de 1997 y de 20 de julio de 1998, entre otras muchas. Aunque la jurisprudencia en un primer momento pareciera decantarse directamente a favor de la nulidad, incluso en casos de infracción de normas administrativas (SSTS de 18 de octubre de 1960, de 12 de julio de 1979 y de 20 de mayo de 1985). Cfr. PASQUAU LIAÑO, M. (2000), *op. cit.*, pp. 60 y sigs.

²² Cfr. SSTS de 3 de diciembre de 1984, de 5 de noviembre de 1985 y de 13 de noviembre de 1995. Aunque puede apreciarse como unas sentencias otorgan un peso más preponderante a la voluntad de las partes para aplicar la nulidad parcial (SSTS de 10 de octubre de 1977, de 4 de diciembre de 1986 y de 17 de octubre de 1987) y otras atienden al dato de si lo ilícito menoscaba los elementos esenciales del contrato (STS de 13 de noviembre de 1995). Este parece el posicionamiento más correcto para la doctrina. Cfr. PASQUAU LIAÑO, M. (2000), *op. cit.*, pp. 66 y 67, RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2000), *op. cit.*, pp. 249 y sigs. En todo caso, no conviene olvidar que en un primer momento hubo una tendencia a favor de nulidad total del acto jurídico (STS de 9 de junio de 1958), y que posteriormente la indivisibilidad del acto ha sido determinante para que el Tribunal Supremo declare la nulidad de todo el acto en un número considerable de ocasiones, como las SSTS de 22 de febrero de 1950, de 30 de noviembre de 1973 y de 3 de septiembre de 1992.

²³ Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE, L. (2007). *Fundamentos de Derecho Patrimonial I*, 6.^a ed., Civitas, Madrid, pp. 587 y sigs., LASARTE ÁLVAREZ, C. (2010). *Contratos. Principios de Derecho Civil*, T. III, 13.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, pp. 138 y sigs., RODRÍGUEZ MORATA, F. (2009), *op. cit.*, pp. 62, RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2000), *op. cit.*, pp. 248 y 249, MARÍN NARROS, H. D. (2013), *op. cit.*

²⁴ Cfr. SSTS de 15 de diciembre de 1993, de 18 de marzo de 2008 y de 18 de julio de 2008. En cuanto a la doctrina, cfr. RODRÍGUEZ MORATA, F. (2009), *op. cit.*, p. 63, PASQUAU LIAÑO, M. (2000), *op. cit.*, p. 64, RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2000), *op. cit.*, pp. 249 y 250.

²⁵ Cfr. PASQUAU LIAÑO, M. (2000), *op. cit.*, p. 64, RODRÍGUEZ MORATA, F. (2009), *op. cit.*, p. 63, RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2000), *op. cit.*, p. 250. A estos efectos se dice «en principios» porque si bien es cierto que existe un nutrido número de sentencias que sostiene indubitablemente la apreciabilidad de oficio (SSTS de 17 de febrero de 1992, de 22 de julio de 1993 y de 18 de febrero de 1997), también hay una serie de pronunciamientos que directamente la rechazan por su menoscabo de los principios del proceso civil, y más destacadamente, del derecho de defensa (STS de 3 de enero de 1947). Particularmente en casos donde hay una apariencia de validez del acto que contraviene el ordenamiento (SSTS de 31 de diciembre de 1949, de 15 de octubre de 1957 y de 16 de mayo de 1970). En esta línea, algunas resoluciones del Alto Tribunal se han centrado en el dato de si los intereses protegidos por la norma vulnerada son de carácter público o privado, así como si el vicio de nulidad es manifiesto y patente, sin necesidad de una valoración judicial delicada (SSTS de 31 de marzo de 1981, de 15 de febrero de 1993, de 3 de junio de 1996, de 20 de junio de 1996 y de 24 de abril de 1997). Este posicionamiento parece en todo caso el más acertado para aplicar en pleitos sobre productos bancarios o de inversión, en los que ya de por sí se alegan multitud de argumentos para intentar conseguir la nulidad. En caso contrario, parece que se podría menoscabar seriamente el derecho de defensa de la correspondiente entidad financiera dentro del proceso.

²⁶ Cfr. RODRÍGUEZ MORATA, F. (2009), *op. cit.*, p. 62. En ese sentido *vid.* artículos 238 y sigs. de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y preceptos 225 a 231 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

²⁷ Cfr. SSTS de 7 de julio de 1981, de 8 de julio de 1983, de 17 de octubre de 1987 y de 26 de abril de 1995, RODRÍGUEZ MORATA, F. (2009), *op. cit.*, p. 62, RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2000), *op. cit.*, pp. 248 y sigs. *Vid.* preceptos 62F y G) y 63.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

²⁸ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2000), *op. cit.*, p. 248, RODRÍGUEZ MORATA, F. (2009), *op. cit.*, pp. 62 y 63.

²⁹ Cfr. SSTS de 10 de noviembre de 1964 y de 26 de junio de 1982, entre otras.

³⁰ Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, vigente hasta el 13 de noviembre de 2015. Por lo tanto, la mayoría de las controversias se rigen por esta ley. Posteriormente se aplica el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

³¹ Cfr. Fundamento de Derecho Quinto.

³² Cfr. SSTS de 20 de enero de 2014, de 9 de diciembre de 2015 y de 17 de diciembre de 2015, entre otras. Para más información sobre este posicionamiento jurisprudencial *vid.* MARÍN NARROS, H. D. (2015), «La cumplimentación de los conocidos como tests MIFID conforme a la interpretación de la STS de 20 de enero de 2014 y del resto de jurisprudencia», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 751.

³³ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.

³⁴ *Vid.* SSTS de 20 de enero de 2014, de 10 de diciembre de 2015 y de 17 de diciembre de 2015 entre otras.

³⁵ Cfr. SSTS de 9 de diciembre de 2015 y de 17 de diciembre de 2015, entre otras muchas.

³⁶ Cfr. Fundamento de Derecho Décimo.

³⁷ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero y Cuarto.

³⁸ Cfr. Fundamento de Derecho Quinto.

³⁹ Cfr. Antecedente de Hecho y Fundamento de Derecho Primero.

⁴⁰ Cfr. Antecedente de Hecho Cuarto.

⁴¹ Cfr. Antecedente de Hecho Quinto.

⁴² Cfr. Antecedente de Hecho Sexto.

⁴³ Cfr. Fundamento de Derecho Séptimo.

⁴⁴ Cfr. Fundamento de Derecho Séptimo.

⁴⁵ Cfr. SSTS de 20 de enero de 2014, de 25 de noviembre de 2015, de 8 de abril de 2016, de 11 de mayo de 2016.

⁴⁶ *Vid. ut supra* apartado II.1.B).

⁴⁷ Cfr. Antecedente de Hecho Primero, 1 y 2.

⁴⁸ Cfr. Antecedente de Hecho Primero, 3.

⁴⁹ Cfr. Antecedente de Hecho Primero, 4.

⁵⁰ Cfr. Antecedente de Hecho Segundo.

⁵¹ Cfr. Antecedente de Hecho Tercero.

⁵² Cfr. Fundamento de Hecho Primero, 2.

⁵³ Cfr. Fundamento de Derecho Noveno.

⁵⁴ *Vid. ut supra* apartados II.1B) y 2B).

⁵⁵ Cfr. Antecedente de Hecho Primero y Fundamento de Derecho Primero, 2.

⁵⁶ Cfr. Antecedente de Hecho Segundo.

⁵⁷ Cfr. Fundamento de Derecho Primero, 3.

⁵⁸ Cfr. Fundamento de Derecho Primero, 4.

⁵⁹ Cfr. Fundamento de Derecho Primero, 5.

⁶⁰ Cfr. Fundamento de Derecho Primero, 1.

⁶¹ Cfr. Fundamento de Derecho Segundo, 4.

⁶² *Vid. ut supra* apartado I.

⁶³ Punto segundo del voto particular.

⁶⁴ Cfr. Fundamento de Derecho Primero.

⁶⁵ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.

⁶⁶ Cfr. Fundamento de Derecho Segundo.

⁶⁷ Cfr. Fundamento de Derecho Quinto.

⁶⁸ En igual sentido *vid.* SAP de Barcelona, Sec. 13.^a, de 15 de septiembre de 2016, de Madrid, Sec. 11.^a, de 29 de septiembre de 2016, de Barcelona, Sec. 13.^a, de 30 de noviembre de 2016.

⁶⁹ *Vid. ut supra* apartado II.

⁷⁰ Cfr. CARRASCO PERERA, Á. (1992), *op. cit.*, p. 796.

⁷¹ *Vid. ut supra* apartado I.

⁷² Cfr. CARRASCO PERERA, Á. (1992), *op. cit.*, p. 798.

⁷³ Cfr. CARRASCO PERERA, Á. (1992), *op. cit.*, pp. 799 y sigs.

⁷⁴ Cfr. *op. cit.*

⁷⁵ Cfr. CARRASCO PERERA, Á. (1992), *op. cit.*, p. 825.

⁷⁶ Cfr. CARRASCO PERERA, Á. (1992), *op. cit.*, p. 826.

⁷⁷ Cfr. CARRASCO PERERA, Á. (1992), *op. cit.*, p. 828.

⁷⁸ Cfr. CARRASCO PERERA, Á. (1992), *op. cit.*, p. 791.

⁷⁹ Cfr. *op. cit.*