

Roj: SAP C 1112/2016 - ECLI:ES:APC:2016:1112
Id Cendoj: 15030370052016100125
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Coruña (A)
Sección: 5
Nº de Recurso: 105/2015
Nº de Resolución: 190/2016
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JULIO TASENDE CALVO
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION QUINTA A CORUÑA

Rollo: 105/15

Proc. Origen: Juicio Ordinario núm. 1001/13

Juzgado de Procedencia: 1ª Instancia núm. 1 de A Coruña

Deliberación el día: 3 de mayo de 2016

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña, ha pronunciado en nombre del Rey la siguiente:

SENTENCIA Nº190/16

Ilmos. Sres. Magistrados: JULIO TASENDE CALVO CARLOS FUENTES CANDELAS ANA DIAZ MARTINEZ

En A CORUÑA, a siete de junio de dos mil dieciséis.

En el recurso de apelación civil número 105/15, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de A Coruña, en Juicio Ordinario núm. 1001/13, sobre "Nulidad de contrato y reclamación de cantidad., siendo la cuantía del procedimiento 8.535.733,69 €, seguido entre partes: Como **APELANTES: FONDO DE REESTRUCTURACIÓN ORDENADA BANCARIA (FROB)** representado y asistido por el Abogado del Estado y **NCG BANCO, S.A.**, representada por el/la Procurador/a Sr/a. Berea Ruíz; como **APELADOS: METALSHIPS&DOKS, S.A.U, INVERAVANTE INVERSIONES UNIVERSALES S.L., RANEBE 2003, S.L.U, DON Avelino Y DON David**, representados por el/la Procurador/a Sr/a. Amenedo Martínez.- Siendo Ponente el Ilmo. Sr. **DON JULIO TASENDE CALVO.-**

ANTECEDENTES

PRIMERO. - Que por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de A Coruña, con fecha 3 de diciembre de 2014, se dictó sentencia cuya parte dispositiva dice como sigue:

"QUE ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA interpuesta por la entidad INVERAVANTE INVERSIONES UNIVERSALES S.L., la entidad METALSHIPS & DOCKS S.A.U., la entidad RANEBE 2003 S.L.U., don Avelino y don David, representados por el

Procurador don José Amenedo Martínez, contra el FONDO DE REESTRUCTURACIÓN ORDENADA BANCARIA FROB), representado y asistido por la Abogado del Estado y contra la entidad NCG BANCO S.A.U., representada por la Procuradora doña Patricia Berea Ruiz, DEBO:

Primero. - *declarar y declaro que en la suscripción de los contratos de compromiso de inversión en acciones de NCG BANCO S.A. y compraventa de acciones de NCG BANCO formalizados entre los demandantes y las entidades demandadas, concurrió dolo en el consentimiento, ocasionado por las entidades demandadas.*

Segundo. - *declarar y declaro la nulidad tanto de los citados compromisos de Inversión como de las escrituras de compraventa de acciones otorgadas por los demandantes y el FROB con fecha 12 de enero de 2012, condenándose a ambas partes otorgantes del contrato de compraventa de acciones a la restitución de las recíprocas prestaciones, concretamente al FROB a reintegrar el precio obtenido con la compraventa, esto es:*

a.- Seis millones veinticinco mil doscientos veintitrés euros con treinta céntimos (6.025.223,30), en el caso de INVERAVANTE INVERSIONES UNIVERSALES S.L.,

b.- Cien mil cuatrocientos veinte euros con ochenta y seis céntimos (100.420,86), en el caso de METALSHIPS & DOCKS,

c.-Dos millones ocho mil cuatrocientos ocho euros con once céntimos (2.008.408,11), en el caso de RANEBE 2003 S.L.U.,

D.-Doscientos mil ochocientos cuarenta euros con setenta y un céntimos (200.840,71), en el caso de don Avelino,

e.-Doscientos mil ochocientos cuarenta euros con setenta y un céntimos (200.840,71), en el caso de don David, incrementado tal precio con los intereses legales computados desde la fecha del otorgamiento de la escritura pública de compraventa hasta la fecha del completo pago.

Al ser imposible la restitución de los acciones, al haber sido amortizadas por el FROB, los demandantes no tienen obligación de reintegrar el objeto de la venta.

Tercero. - *Condenar y condeno a las demandadas a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos declarativos y de condena y a otorgar cuantos documentos públicos y privados fueren necesarios para dar efectividad a todo ello.*

Cuarto. - *condenar y condeno a las demandadas al pago de las costas ocasionadas a los demandantes".*

SEGUNDO. - *Notificada dicha sentencia a las partes, se interpuso contra la misma en tiempo y forma, recurso de apelación por la representación procesal del FROB y NCG BANCO, S.A., que le fue admitido en ambos efectos, y remitidas las actuaciones a este Tribunal, y realizado el trámite oportuno se señaló para deliberar la Sala el día 3 de mayo de 2016, fecha en la que tuvo lugar.*

TERCERO. - *En la sustanciación del presente recurso se han observado las prescripciones y formalidades legales.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de apelación por cada una de las partes demandadas, "FONDO DE REESTRUCTURACIÓN ORDENADA BANCARIA" (FROB) y "NCG BANCO, S.A.", contra la sentencia de primera instancia que estima la demanda, declarando que en la suscripción de los contratos de compromiso de inversión en acciones de "NCG BANCO, S.A.", y en la compraventa de acciones de "NCG BANCO, S.A.", formalizados entre los demandantes y las entidades demandadas, concurrió dolo en el consentimiento ocasionado por las demandadas, por

lo que igualmente declara la nulidad tanto de los citados compromisos de inversión, suscritos en diciembre de 2011, como de las escrituras de compraventa de acciones otorgadas por los demandantes y el FROB con fecha 12 de enero de 2012, condenándose a ambas partes otorgantes del contrato de compraventa de acciones a la restitución de las recíprocas prestaciones, concretamente al FROB a reintegrar a los demandantes el precio respectivamente obtenido con la compraventa, que asciende a seis millones veinticinco mil doscientos veintitrés euros con treinta céntimos (6.025.223,30) en el caso de "INVERAVANTE INVERSIONES UNIVERSALES S.L.", cien mil cuatrocientos veinte euros con ochenta y seis céntimos (100.420,86) en el caso de "METALSHIPS & DOCKS", dos millones ocho mil cuatrocientos ocho euros con once céntimos (2.008.408,11) en el caso de "RANEBE 2003 S.L.U.", doscientos mil ochocientos cuarenta euros con setenta y un céntimos (200.840,71) en el caso de D. Avelino , y doscientos mil ochocientos cuarenta euros con setenta y un céntimos (200.840,71) en el caso de D. David, incrementado tal precio con los intereses legales computados desde la fecha del otorgamiento de la escritura pública de compraventa hasta la fecha del completo pago. En ambos recursos se impugnan los expresados pronunciamientos de la sentencia apelada y se niega la existencia de dolo como vicio del consentimiento en la celebración de dichos contratos, alegando el error en la valoración de la prueba que lleva a la sentencia apelada a entender que las demandadas han ocultado información relevante a los demandantes y que concurren los requisitos necesarios para considerar su conducta como dolosa.

Conviene precisar que la transmisión de dichas acciones es el resultado del ejercicio de una opción de compra, concedida el 30 de diciembre de 2011 por el FROB, titular de las acciones, indistintamente a favor de "Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra" y de "NCG BANCO, S.A.", que podían, conforme a lo pactado, designar a terceros adquirentes de las acciones que ejercitaran dicha opción. También debemos señalar que las circunstancias concurrentes en la compra de acciones de "NCG BANCO, S.A." por los demandantes, y en el proceso de captación seguido para la inversión objeto de litigio son sustancialmente idénticas a las examinadas en la Sentencia dictada por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, con fecha 30 de julio de 2015, y en la Sentencia dictada por esta misma Sala, de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial, con fecha 3 de mayo de 2016, en ambos casos con el mismo objeto o causa de pedir y con iguales partes demandadas, pero distintos demandantes, siendo coincidentes dichas resoluciones en desestimar las demandas interpuestas. Por ello y para la adecuada resolución de la cuestión litigiosa pasamos a exponer, resumidamente, los siguientes antecedentes fácticos que describen la operación inversora desarrollada y que no son controvertidos en el proceso:

El 29 de noviembre de 2010 la entidad "Caja de Ahorros de Galicia" se fusionó con "Caja de Ahorros de Vigo, Ourense e Pontevedra", pasando a constituir "Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra" (que usaba la denominación de "Novacaixagalicia" o "NCG"). En el asiento de fusión se hizo constar que el patrimonio neto de la entidad resultante ascendía a 1.771 millones de euros. El 30 de diciembre de 2010 el "Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria" (FROB), institución de Derecho Público con personalidad jurídica propia creada por Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito, procede a recapitalizar "Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra" mediante la adquisición de participaciones preferentes convertibles en cuotas participativas por importe de 1.162 millones de euros. El Real Decreto-ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero, obliga a elevar al 10% la ratio de capital principal de entidades como "Novacaixagalicia". El 10 de marzo de 2011 el Banco de España comunica que la Caja precisará un capital adicional de 2.622 millones de euros, que deberá tener antes del 30 de septiembre de 2011, y "Novacaixagalicia" se plantea cumplir tal exigencia mediante desinversiones, la captación de capital privado y la solicitud de ayudas al FROB.

Con el fin de captar el capital privado que necesitaba, en mayo de 2011 se publica una presentación denominada «*Novacaixagalicia. Una oportunidad de inversión única en el sector financiero español*», elaborada por el banco "UBS", que contiene un aviso legal en inglés (*disclaimer*) en el que informa a los posibles inversores de que "UBS" no se responsabiliza de la bondad de los

datos económicos ni de la información financiera facilitada. Se indica en la presentación la necesidad de captar capital adicional principal por 2.622 millones de euros, esperando que un 20 o 25% sea privado y el resto por una aportación del FROB. Se hacen una serie de proyecciones a largo plazo, y se indica que se trata de una entidad relevante, líder en Galicia, con negocio de alta calidad, balance saneado, gran liquidez, sólido gobierno y previsible salida a bolsa en 2 o 3 años. Incluso fundamenta su positiva evolución futura en que ya se veía una recuperación de los precios inmobiliarios en Galicia. En agosto de 2011, "Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra" ("Novacaixagalicia") comienza a difundir otra presentación tendente a obtener inversión, denominada "Proyecto Sotomayor", elaborada a través de los bancos "UBS" y "Mediobanca". También contiene un aviso legal en inglés (*disclaimer*) en el que informa a los posibles inversores de la ausencia de responsabilidad y de que la información no había sido supervisada por los distribuidores. De nuevo se ensalzan en ella las bondades del futuro banco, con proyecciones a largo plazo sobre su evolución económica. El 14 de septiembre de 2011 se constituyó "NCG Banco, S.A." ("Novagalicia Banco"), previa segregación del negocio bancario de "Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra", siendo designados presidente ejecutivo y consejero delegado de la entidad creada D. Rogelio y D. Jose Manuel, respectivamente.

El 30 de septiembre de 2011, llegado el vencimiento del plazo para capitalizarse sin haber conseguido inversores, la nueva entidad solicita ayuda al FROB por importe de 2.465 millones de euros. A tal fin se amplía el capital social de "NCG Banco, S.A.", por un total de 2.465 millones de euros, mediante la emisión de acciones ordinarias que son íntegramente suscritas y desembolsadas por el FROB. La adquisición de esas acciones implicó que el FROB pasó a ser titular del 93,16% del capital social, correspondiendo la titularidad del restante 6,84% a "Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra" ("Novacaixagalicia"), entrando aquél en el Consejo de Administración de la entidad bancaria, y en otros órganos de gobierno, ya que "Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra" ("Novacaixagalicia"), antes de esta ampliación de capital y de la inyección de dinero llevada a cabo por el FROB, tenía un valor de 181 millones de euros, de acuerdo con la valoración económica encomendada por el FROB, ante la previsión de tener que entrar en el capital de la nueva entidad y tras una auditoría encargada "BDO", a las consultoras "Banco Rothschild", "Banco Societé Generale" y "Ernst & Young", lo que suponía el 12 % de su valoración contable en libros. Por esta razón se asignó a "Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra" el 6,84% del capital de "NCG Banco, S.A.", en proporción a esos 181 millones de euros, de manera que los supuestos 1.771 millones de euros de valor neto de "Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra", al tiempo de la fusión realizada en noviembre de 2010, se habían visto reducidos en septiembre de 2011 a una valoración de mercado de 181 millones de euros. El resultado de esta valoración fue comunicado en la fecha indicada a la Comisión Nacional del Mercado de Valores como "Hecho Relevante" y tuvo una amplia difusión en los medios de prensa.

El mismo día 30 de septiembre de 2011, conforme a lo previsto en el artículo 9.8 de Real Decreto-ley 2/2011, el FROB concede indistintamente a "Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra" y a "NCG Banco, S.A." una opción de compra sobre todas las acciones de las que pueda ser titular, dándoles también la posibilidad de «*designar a uno o varios adquirentes de las acciones objeto de la Opción*». Como anexo figuraba el modelo de escritura a otorgar, en la que se incluía una cláusula de «ausencia de garantías», en la cual se establece que «*El Vendedor solo responde frente al Comprador de la titularidad de las Acciones objeto de la compraventa y de la inexistencia de cargas que la graven. Por lo demás, el Vendedor no otorga a favor del Comprador declaraciones y garantías de ninguna clase ni, en particular y sin ánimo limitativo, responderá de ninguna circunstancia que pueda afectar al valor de las Acciones o del Banco*».

"NCG Banco, S.A." publicó una "presentación explicativa" bajo el título "Novacaixagalicia amplía capital", en la que se indicaba que el capital principal se elevaba a 5.275 millones de euros después de incorporarse el FROB como accionista temporal. Tras lamentarse de que el mercado estaba valorando a las entidades bancarias por debajo de libros, se indica que el FROB valoró a "NCG Banco, S.A." en un 12% de su valor contable o en libros, a "Catalunya Caixa" al 9% y a "Unnim" al 0%. Por ello, si bien se estima el patrimonio neto en 4.180 millones de euros, el valor de mercado de

"NCG Banco, S.A." sería solo de 2.646 millones de euros según el FROB, dando una explicación de la causa de valorarse tan bajo a la entidad. En octubre de 2011 "NCG Banco, S.A." hace circular un nuevo documento resaltando que su verdadera situación era mejor, que se había recapitalizado y que la entrada del FROB era una garantía adicional, a lo que siguió una campaña en prensa del Presidente y el Consejero delegado, resaltando las virtudes de la entidad.

El 18 de octubre de 2011 el Sr. Rogelio mantiene una reunión con diversos inversores privados gallegos, facilitando información favorable a su evolución. En noviembre de 2011 se hace la presentación de "entrada de inversores", en la que se explica ya con un mínimo de detalle la forma, precios y plazos de ejercicio de la opción de compra de acciones de "NCG Banco, S.A." que son propiedad del FROB. Algunos potenciales inversores privados plantearon al FROB la posibilidad de hacerles extensiva un "Esquema de Protección de Activos" (EPA), que fue rechazada. El 14 de noviembre de 2011 el Sr. Rogelio mantiene otra reunión con los inversores privados gallegos, facilitando nuevamente información favorable a la evolución de la entidad.

En distintas fechas de diciembre de 2011 los demandantes apelados suscribieron con la demandada "NCG Banco, S.A." compromisos irrevocables de inversión en acciones. En esos documentos se establece como cláusula «5. *Evaluación de riesgos por parte del Inversor. Con anterioridad a la firma de este Contrato el Inversor ha recibido, leído y comprendido una copia de la Opción de Compra que se adjunta como Anexo 1. Igualmente, el Inversor ha obtenido a su entera satisfacción asesoramiento financiero, legal y fiscal ajeno al Banco en relación con este Contrato, con la inversión que realiza en las Acciones y con los riesgos que se derivan de esa inversión. Al decidir firmar este Contrato el Inversor no está confiando ni basándose en declaraciones y garantías realizadas por el Banco y, asimismo, el Inversor reconoce (i) que el Banco no está otorgando ninguna declaración o garantía en relación con las Acciones, y (ii) que ha obtenido del Banco cuanta información ha estimado oportuna a efectos de tomar su decisión de inversión*». El 15 de diciembre de 2011 "NCG Banco, S.A." comunica al FROB que ha recabado compromisos de inversión por importe total de 69.498.845 acciones, y por un valor total de 70.681.932,22 euros, lo que representaba un 2,59% del capital social.

El 15 de diciembre de 2011 se celebra una reunión del Comité de Auditoría y Cumplimiento de "NCG Banco, S.A.", en la que el Director General Financiero de la entidad expone los distintos datos de evolución económica del negocio, e informa, según consta en el acta de la reunión, «*de las actuaciones que se han venido desarrollando a fin de dar cumplimiento a lo previsto en la normativa vigente, que establece un plazo durante el cual se deben reevaluar los importes reconocidos en el asiento de fusión. Este plazo finalizó el 30 de noviembre. Tras varias intervenciones de los miembros del Comité, el Presidente aclara que tal revaluación viene impuesta por la citada normativa y deberá ser aprobada por el Consejo de Administración en su caso, a propuesta de este Comité. En este sentido se señala que el resultado de la valoración del Banco realizada por el FROB el pasado mes de octubre, significativamente inferior al importe de su valor neto contable o valor en libros, podía obligar a realizar en el asiento de fusión un importante ajuste contra reservas, por lo que propone analizar y valorar detenidamente esta circunstancia, que habrá de contrastar con los auditores externos, a fin de que, si procede, se formule la correspondiente propuesta de ajuste al Consejo de administración, con la fecha de efectos contable que permite la ya referida normativa. Asimismo, proponer dedicar a esta cuestión, de forma monográfica, la próxima reunión del Comité, prevista para el 12 de enero de 2012...*», aunque esta reunión se celebró finalmente el 17 de enero de 2012.

El 4 de enero de 2012 D. Carlos, Ministro de Economía y Competitividad, afirma en una entrevista concedida al diario "Financial Times", en relación con el sistema bancario español, que «*teniendo en cuenta las valoraciones que se han dado en casos como el de Irlanda, como mucho haría falta realizar 50.000 millones de euros de provisiones adicionales*». Esta entrevista fue ampliamente difundida por la prensa nacional.

El 12 de enero de 2012 se otorgan en Santiago de Compostela las escrituras públicas por las que el FROB vende a 18 reputados empresarios e inversores, entre ellos los ahora

demandantes, así como a los Sres. Rogelio y Jose Manuel, presidente ejecutivo y consejero delegado de "NCG Banco, S.A." respectivamente, un total de 69.498.845 acciones. A tal escritura se incorpora la cláusula de ausencia de garantías en los siguientes términos: «3.- *Ausencia de garantías. - El Vendedor solo responde frente a los Compradores de la titularidad de las Acciones objeto de la compraventa y de la inexistencia de cargas que las graven. Por lo demás, el Vendedor no otorga a favor del Comprador declaraciones y garantías de ninguna clase ni, en particular y sin ánimo limitativo, responderá de ninguna circunstancia que pueda afectar al valor de las Acciones o del Banco*».

El 17 de enero de 2012 se recibe por un funcionario del FROB un correo electrónico remitido por el Secretario General del Banco de España al que se adjunta, a título informativo, un borrador del anteproyecto del que sería el Real Decreto Ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero, publicado en el BOE de 4 de febrero de 2012, cuya aplicación obligaba a unas provisiones adicionales de 1.513 millones de euros y a incrementar el capital en 883 millones de euros. Posteriormente se publica el Real Decreto-Ley 18/2012 de 11 de mayo, que endurecía las coberturas de los activos expuestos al sector inmobiliario.

Tras diversas reuniones del Comité de Auditoría y Cumplimiento de "NCG Banco, S.A", para analizar y debatir la forma de realizar el ajuste contable previsto, es en el Comité que tuvo lugar el 22 de marzo de 2012, con intervención de un auditor de "Deloitte", donde finalmente se da cuenta detallada de cómo se ha practicado dicho ajuste. En la junta general de accionistas de "NCG Banco, S.A.", celebrada el 22 de junio de 2012, se aprueban las cuentas del ejercicio 2011, donde se recoge que a lo largo del 2011 se tuvo conocimiento de un mayor deterioro de los activos que los identificados al cierre de 2010, por aplicación retroactiva de la nueva normativa sobre combinaciones de negocios, y que además son necesarias nuevas dotaciones y requerimiento, de modo que el activo se minusvalora en 1.025 millones de euros y se incrementan 101 millones más en el pasivo, lo que supone un ajuste contable de 1.127 millones de euros que implica que la ratio del capital principal pasaba del 10% al 8,2%.

El 25 de junio de 2012 el Gobierno de España solicitó ayuda financiera a la Unión Europea, quien la presta con una serie de condiciones contenidas en el "Memorando de Entendimiento sobre condiciones de Política Sectorial Financiera, hecho en Bruselas y Madrid el 23 de julio de 2012, y Acuerdo Marco de Asistencia Financiera, hecho en Madrid y Luxemburgo el 24 de julio de 2012", por el que se impone a España el cumplimiento de determinadas medidas económicas a cambio de recibir tal financiación (test de estrés, análisis de las entidades, transferencias de activos deteriorados, etc), estableciendo en el art. 3 que «*los accionistas serán los primeros en soportar las pérdidas*», lo que determinó la publicación del Real Decreto- Ley 24/2012 de 21 de agosto .

En cumplimiento del acuerdo con la Comisión Europea, se realiza una valoración exhaustiva y pormenorizada de "NCG Banco. El 28 de septiembre de 2012 se publica los resultados de las denominadas "pruebas de resistencia" o "test de estrés", estimando que "NCG Banco, S.A." tendría un déficit de capital de -3.966 millones de euros en un escenario base, y de -7.176 millones de euros en un escenario adverso. Posteriormente se publica la Ley 9/2012 de 14 de noviembre, de Reestructuración y Resolución de Entidades de Crédito.

El 27 de noviembre de 2012 la comisión rectora del FROB aprobó el plan de resolución de "NCG Banco, S.A.", por considerar la entidad no viable. El plan fue aprobado por el Banco de España el mismo día, y por la Comisión Europea el 28 de noviembre de 2012. Por resolución de la Comisión Rectora del FROB de 26 de diciembre de 2012 se llevó a cabo el plan de resolución, que comprendía: a) La reducción del capital a 0, con amortización de todas las acciones; b) aumento de capital en 1.162 millones de euros (conversión de las participaciones convertibles que había adquirido el FROB el 30 de diciembre de 2010); c) nueva reducción de capital a 0, con amortización de las nuevas acciones (es decir, el FROB acaba de reducir a cero su aportación de 3.556 millones de euros); d) aumento de capital en 5.425 millones de euros mediante aportación de títulos de deuda pública y renta fija emitidos por el MEDE (Mecanismo Europeo de Estabilidad), excluyéndose del derecho de suscripción preferente a los actuales accionistas. Igualmente se acordó el traspaso de

activos deteriorados a la "Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria" ("SAREB"), conocido popularmente como "Banco Malo". El 28 de noviembre de 2012 "NCG Banco, S.A." comunica a la Comisión Nacional del Mercado de Valores que el proceso de recapitalización pública ha sido culminado *«por las autoridades españolas y comunitarias, con la aprobación de una inyección de capital por importe de 5.425 millones de euros»*, habiéndose establecido un "pliego de términos" sobre condiciones a cumplir, *«para que se reduzca el coste para los contribuyentes»*.

SEGUNDO.- Como ya se ha dicho, los recursos interpuestos por las entidades demandadas impugnan los pronunciamientos de la sentencia apelada que declaran la nulidad de los contratos celebrados a los que se ha hecho mención, por concurrir en ellos dolo causado por las ahora recurrentes al haber ocultado a los demandantes, con finalidad de engaño, datos y circunstancias relevantes sobre la situación patrimonial y contable de "NCG Banco, S.A." que, de haberse conocido, les habrían llevado a no suscribir dichos contratos. Frente a esta apreciación las apelantes niegan la existencia de dolo como vicio del consentimiento en la celebración de los contratos litigiosos, alegando el error en la valoración de la prueba cometido por la sentencia apelada al entender que las demandadas han ocultado esa información relevante a los demandantes y que concurren los requisitos necesarios para considerar su conducta como dolosa con efectos anulatorios sobre la contratación.

Respecto a los vicios del consentimiento y su prueba, una constante doctrina legal, interpretadora del art. 1265 del Código Civil, viene declarando que los vicios del consentimiento contractual de carácter invalidante sólo son apreciables si existe una prueba cumplida de su existencia, la cual incumbe a la parte que los alega, puesto que la voluntad se presume libre, consciente y espontáneamente manifestada, representando una presunción "iuris tantum" de la validez del contrato que puede destruirse mediante dicha prueba (SS TS 4 diciembre 1990, 13 diciembre 1992, 30 mayo 1995, 6 febrero 1998 y 25 noviembre 2000, 1 febrero 2002 y 3 julio 2006). Por lo tanto, cuando esa prueba plena no se alcance habrá de prevalecer el respeto a lo pactado y a la palabra dada, conforme al axioma "pacta sunt servanda", así como al principio de autonomía de la voluntad negocial o de libertad de pactos (arts. 1091, 1255 y 1258 del CC). En el caso concreto del dolo y el mismo sentido, ha señalado la jurisprudencia que el dolo no se presume y ha de ser probado inequívocamente por la parte que lo alega, sin que basten a tal fin las meras conjeturas o indicios (SS TS 15 marzo 1934, 22 mayo 1945, 28 febrero 1969, 21 junio 1978, 22 enero 1988, 13 mayo 1991, 29 marzo 1994, 24 febrero 1995, 23 mayo 1996, 23 julio 1998, 31 mayo 2001, 3 octubre 2003 y 19 julio 2006).

El llamado dolo "in contrahendo" o engaño malicioso, considerado como vicio del consentimiento contractual susceptible de anular el contrato en los arts. 1269 y 1270 del Código Civil, ha sido objeto de tratamiento por la doctrina legal que ha destacado como requisitos de la conducta dolosa invalidante del contrato: a) la existencia de una conducta insidiosa, intencionada y dirigida a provocar la declaración negocial, utilizando para ello las palabras o maquinaciones adecuadas; b) que la voluntad del declarante quede viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño, coacción u otra insidiosa influencia; c) que sea grave si se trata de anular el contrato; y d) que no haya sido causado por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes; viniendo en definitiva caracterizado el dolo por la conducta insidiosa o la maquinación engañosa grave de un contratante dirigida a provocar el consentimiento negocial y que induce al otro a la celebración de un contrato que de otra forma no hubiera realizado, mediando una voluntad viciada por falta de libertad o conocimiento (SS TS 2 diciembre 1981, 11 mayo 1993, 29 marzo 1994, 23 julio 1998, 13 diciembre 2000, 11 junio 2003, 25 marzo 2009 y 30 marzo 2011). Además, el dolo que vicia el consentimiento se puede manifestar no sólo mediante una actuación positiva, sino que también puede apreciarse en una conducta omisiva de ocultación o falta de información a la otra parte de determinadas circunstancias cuyo conocimiento hubiera podido llevarle a no celebrar el contrato, en lo que se conoce como dolo omisivo o reticencia dolosa (SS TS 21 junio 1978, 28 noviembre 1989, 28 febrero 1990, 15 junio 1995, 12 junio 2003, 19 julio 2006, 11 julio 2007, 30 diciembre 2009, 5 marzo 2010 y 12 noviembre 2014).

De acuerdo con esta jurisprudencia y con la doctrina científica, podemos decir que la conducta dolosa que vicia el consentimiento y anula el contrato consiste en una acción u omisión intencionada y engañosa dirigida a provocar la declaración contractual de la otra parte, siendo preciso que el engaño haya servido para captar esta voluntad y la haya determinado causalmente, a diferencia del dolo incidental al que se refiere el art. 1270, párrafo segundo, del CC. Por eso, el dolo causal relevante a estos efectos es el que produce error, dándose una relación causal entre ambos, aunque el elemento característico y que confiere especificidad al dolo es la conducta insidiosa del agente, no el error del engañado, sin que sea preciso que éste haya actuado diligentemente y que su error sea excusable, como se exige para apreciar el error que vicia el consentimiento. Pero lo que no resulta admisible es que exista dolo sin engaño, con independencia de que medie el propósito deliberado de engañar o simplemente la intención de aprovecharse del error provocado, ya que, si bien el dolo implica que concurra una cierta asimetría o debilidad negociadora en una parte que es aprovechada maliciosamente por la otra para determinar su voluntad, el vicio del consentimiento contractual solo opera como tal y produce su consecuencia anulatoria en los casos más graves, por lo que no basta con que la conducta desplegada sea contraria a la buena fe o consista en el abuso de una posición dominante. De ahí que tampoco puede hablarse de dolo cuando no hay una conciencia clara del fraude o la falsedad cometidos, de manera que el contratante realiza declaraciones que pueden ser negligentes o temerarias, pero lo hace sin tener un conocimiento cierto de la verdad no manifestada, sin perjuicio de que en estos casos pueda apreciarse un error excusable en el otro contratante. Esta certeza en el engaño o la falsedad hace que únicamente deba considerarse dolosa la conducta que se refiera a hechos o circunstancias pasados o presentes, susceptibles de un conocimiento cierto, pero no la que afirma hechos futuros, respecto de los cuales solo cabe emitir valoraciones u opiniones subjetivas y contingentes. Por la misma razón, que atiende a la causalidad y gravedad del dolo, no cabe incluir en este vicio del consentimiento determinadas manifestaciones previas o coetáneas al contrato que, aunque tienden a magnificar las virtudes o ventajas de la operación para la otra parte, se ajustan a los usos negociales y obedecen a fin meramente publicitario, siendo fácilmente reconocible para ésta el aspecto propagandístico e irreal de tales declaraciones. En el caso del dolo omisivo o la reticencia dolosa, consistente en ocultar maliciosamente aquello que se conoce como cierto y es obligado manifestar por su relevancia, las consideraciones expuestas en torno al carácter causal del engaño como factor desencadenante de la celebración del contrato, imponen que el instigador actúe sabiendo que la otra parte, más que celebrar el contrato precisamente por carecer de la información silenciada, no hubiera tomado la decisión de conocer el dato omitido, de modo que ha de excluirse el dolo cuando resulta que la voluntad de contratar no estuvo determinada causalmente por la ignorancia de la información ocultada, sino por otros motivos, o esta parte estaba en condiciones de conocerla. Por ello, la existencia del dolo omisivo no se deriva necesariamente de la ausencia de esa información relevante y que debe ser comunicada, si la misma no es decisiva del consentimiento prestado, o se ha difundido suficientemente aunque no haya llegado a conocimiento del otro contratante. Además, para que la conducta reticente pueda calificarse de dolosa no basta con que la omisión vulnere el deber precontractual de informar verazmente, sino que es precisa la conciencia de que la ocultación de esta información, por afectar a un elemento esencial del negocio, es la que precisamente induce a la otra parte a celebrar el contrato.

La sentencia de primera instancia entiende que las demandadas actuaron con dolo omisivo para captar la voluntad de los inversores, entre los que se encuentran los demandantes, ocultando maliciosamente información sobre datos esenciales relativos a la situación patrimonial y contable de "NCG Banco, S.A.", y relevantes para la adecuada formación de la voluntad, referidos: al ajuste contable retroactivo practicado en las cuentas del ejercicio 2010 de "Novacaixagalicia", que condujo a no alcanzar la *ratio* de capital principal exigido por la normativa vigente, pasando del 10% al 8,2%; y a la elaboración del Real Decreto Ley 2/2012, de 3 de febrero, que imponía nuevas exigencias de provisiones y capitalización a todas las entidades financieras, incluida "NCG Banco, S.A.". Entiende la resolución apelada, de acuerdo con lo alegado por los actores, que las demandadas eran conocedoras de la necesidad de hacer dicho ajuste contable y de la publicación de la citada normativa, que generaría a corto plazo una situación de insolvencia de "NCG Banco, S.A.", y por lo tanto la pérdida de valor de las acciones que adquirirían, valiéndose como

instrumentos del engaño, dirigido a ocultar deliberadamente ciertos datos sobre la verdadera situación de la entidad, de modo que apareciese como saneada y viable cuando no lo era, de diversos documentos y presentaciones para captar inversores ya mencionados, como el denominado "Proyecto Sotomayor", junto con notas de prensa y entrevistas concedidas por el presidente y el consejero delegado de "NCG Banco, S.A.", que contendrían una información sesgada en la que se ensalzaban las bondades de la entidad financiera, tras la entrada en ella del FROB en septiembre de 2011, con el fin de que reconocidos empresarios gallegos invirtieran en acciones y así aportar capital privado a "NCG Banco, S.A."

En lo que afecta al demandado apelante "Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria" (FROB), no se ha probado que esta parte tuviera relación o contacto alguno con los demandantes, ni que hubiera intervenido en el proceso de captación de voluntad o de negociación seguido para la suscripción de los contratos de compromiso de inversión en acciones de "NCG Banco, S.A.", y para la compraventa de estas acciones, con anterioridad al otorgamiento de las escrituras públicas de adquisición de acciones de 12 de enero de 2012. Por el contrario, está demostrado que el FROB no tuvo ninguna participación en las presentaciones publicitarias previas del proyecto de capitalización del negocio bancario mediante la creación de "NCG Banco, S.A.", que la demanda tacha de engañosas, ya que fueron actuaciones realizadas, en mayo y en agosto de 2011, por "Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra", que no es parte demandada. Resulta igualmente acreditado que la primera reunión que mantienen los demandantes con personas del FROB para tratar el tema de la adquisición de acciones fue el mismo día 12 de enero de 2012, con ocasión de la firma de las escrituras públicas de compraventa, por lo que difícilmente puede atribuirse al ente demandado la ocultación maliciosa de información a los actores en esa fase precontractual o el desarrollo de una conducta insidiosa dirigida a provocar su declaración negocial, circunstancia que corresponde probar a la parte actora que alega el dolo, cuando además el supuesto engaño se vincula a la actividad publicitada por un tercero.

Tampoco se puede atribuir a la demandada recurrente "NCG Banco, S.A." la autoría o intervención en dichas presentaciones publicitarias previas del proyecto de capitalización bancaria, y la consiguiente ocultación deliberada en ellas de datos relevantes sobre la verdadera situación de la entidad, dirigida a la captación de capital privado que ejercitase la opción de compra que tenía frente al FROB, al haber sido llevadas a cabo por su antecesora "Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra", ente con personalidad jurídica propia, con anterioridad a la constitución de aquella entidad, todavía inexistente. Por lo demás, la presentación realizada por iniciativa de "NCG Banco, S.A.", en septiembre de 2011, tiene por único objeto dar publicidad y explicar la entrada del FROB en el capital de la entidad, sin que este organismo tuviese intervención alguna en su elaboración, limitándose a informar en una nota de prensa de su entrada en el capital social de la nueva entidad bancaria. Todo ello sin olvidar que, en el informe de auditoría elaborado por "Deloitte" el 15 de abril de 2011, sobre las cuentas anuales consolidadas de "Novacaixagalicia" correspondientes a diciembre de 2010, ya se advertía sobre la importante reducción del patrimonio neto de la entidad fusionada, debida a la disminución del valor de las inversiones y de los activos inmobiliarios, así como de la publicación del Real Decreto Ley 2/2011, para el reforzamiento del sistema financiero, por el que imponían nuevas exigencias de capitalización a las entidades de crédito, tratándose de una información pública y que estaba al alcance de los posibles inversores.

Resulta igualmente probado que, desde el 30 de septiembre de 2011, era de público y general conocimiento en Galicia, al haber tenido una amplia repercusión en los medios de comunicación, que la participación de "Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra" en "NCG Banco, S.A." se había valorado en 181 millones de euros, y no en los 1.771 millones de euros de valor neto que figuraban en los asientos contables en el momento de la fusión de aquella entidad, producida el 20 de noviembre de 2010. Como ya se ha relatado, en la indicada fecha, tras la constitución de "NCG Banco, S.A.", la nueva entidad solicita ayuda al FROB por importe de 2.465 millones de euros, por lo que se amplía el capital social de "NCG Banco, S.A." en esta cantidad, de manera que esta entidad pasaba a ser titular del 93,16% del capital social, correspondiendo la titularidad del restante 6,84% a "Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Ourense e

Pontevedra", en proporción a sus 181 millones de euros, habiendo previamente encargado el FROB una valoración económica de la nueva entidad, que arrojó el resultado de que "NCG Banco, S.A.", por la degradación de sus activos inmobiliarios, tenía un valor de mercado de 181 millones de euros, lo que suponía el 12 % de su valoración en libros de 1.771 millones de euros, dato que en ningún momento se ocultó, habiendo sido comunicado como "Hecho Relevante" a la Comisión Nacional del Mercado de Valores en la fecha indicada, en cumplimiento del art. 82 de la LMV. Además, en la "presentación explicativa" publicada el mismo día por "NCG Banco, S.A.", se informa de que el FROB había valorado la entidad en un 12% de su valor contable o en libros, dando una explicación de la causa de esta valoración tan baja, por lo que no se puede afirmar que esta situación fuera ocultada por las demandadas. La notoriedad absoluta y general de este desfase contable, así como de su conocimiento, lo exime de prueba, de conformidad con el art. 281.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo suficiente para apreciar tal notoriedad en un hecho que el tribunal lo conozca y tenga la convicción de que tal conocimiento es compartido y está generalizado, en un momento y lugar determinados, entre los ciudadanos medios, cuando se trata de materias de interés público, o entre los que forman parte del segmento de la comunidad al que el hecho afecta (SS TS 11 febrero 2009, 9 mayo 2013 y 3 febrero 2016).

De tal evidencia fáctica se deriva, y así lo viene a reconocer la propia sentencia apelada, que también era conocida desde entonces, 30 de septiembre de 2011, la necesidad de aplicar un importante ajuste contable, como se contempló en una reunión del Comité de Auditoría y Cumplimiento de "NCG Banco, S.A." de 15 de diciembre de 2011, aunque la entidad que gestionó la captación de inversores en el mercado no sabía su importe exacto y la forma de hacerlo, que se discutió en su seno hasta que los auditores propusieron el modo que entendían más correcto de reflejar en los libros el asiento, en febrero de 2012 y cuando ya se habían otorgado las escrituras de compraventa de acciones objeto de demanda, por lo que no hubo en el momento previo a la contratación una ocultación relevante por parte de las demandadas acerca de un hecho, por lo demás previsible y que no podía ser ignorado por los actores, como era la necesidad de practicar el ajuste. Además, este ajuste contable retroactivo, a 30 de diciembre de 2010 y con cargo al asiento de fusión, que finalmente se cifró en 1.127 millones de euros, una vez presentadas en marzo de 2012 las cuentas anuales del ejercicio 2011, no afectaba a la viabilidad o solvencia de "NCG Banco, S.A.", ni al valor de las acciones y de la inversión realizada por los demandantes. En primer lugar, los demandantes compraron las acciones al mismo precio que las había adquirido el FROB, de modo que en la transmisión de las acciones ya estaba implícito el ajuste de valor. Por otra parte, como se explicó en el juicio por los peritos de las demandadas y por los auditores de cuentas que testificaron en este acto, el ajuste contable contra reservas, que se hizo con total regularidad y de acuerdo con la normativa mercantil, siendo finalmente aceptado por el Banco de España y por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, no fue la causa de la pérdida de valor de las acciones y de la resolución del banco, puesto que, una vez concretado el importe del ajuste en el estado contable de 2011, presentado en marzo de 2012, el único efecto que éste produjo fue el de bajar el 10% de capital principal que pasó a tener el 8,2%, pero eso no significaba que la entidad no estuviese correctamente capitalizada, que no fuese viable o que resultase insolvente, al margen de que provocara otras consecuencias e hiciese necesarias medidas transitorias tendentes a reponer capital.

Está plenamente acreditado que lo que causó la resolución de "NCG Banco, S.A." y la reducción a cero de su capital, incluyendo la participación del FROB, fueron las mayores exigencias de provisionamiento y cobertura de activos introducidas, con posterioridad a la compraventa de acciones objeto de acción, por la normativa dictada a partir de febrero de 2012, mediante sucesivos Decreto-Ley antes citados, para sanear y evitar el colapso del sistema financiero español, y el cumplimiento de las medidas económicas impuestas por la Unión Europea a cambio de la ayuda financiera solicitada por el Gobierno de España, a las que se hizo mención. El hecho notorio de que se trataba de un banco sobredimensionado, antes ya de la fusión de las cajas, lo que se agudiza a consecuencia de este proceso, unido a las circunstancias expuestas y a que la crisis económica siguió agravándose, de manera que los activos de "NCG Banco, S.A." se fueron deteriorando por la pérdida de valor, a raíz de la crisis del negocio de promoción inmobiliaria, con un

incremento importante de la morosidad y la insolvencia de sus acreditados, es lo que determinó que el banco fuera incapaz de generar una rentabilidad suficiente para ser viable, según resulta claramente de los informes periciales aportados por las demandadas, que no resultan desvirtuados en lo esencial por el dictamen que presenta la parte actora, por más que sus conclusiones, en las que se basa la sentencia recurrida, contengan una apreciación marcadamente subjetiva de la inexactitud de la información proporcionada por las demandadas acerca de la verdadera situación patrimonial de "NCG Banco, S.A." y de la relevancia, en todo caso hipotética, que podía haber tenido el conocimiento de la repercusión económica del ajuste contable retroactivo practicado en la decisión de los inversores, en el sentido de no comprar las acciones, cuando lo cierto es que el alcance preciso del ajuste y sus consecuencias no eran conocidas en el momento de contratar, con independencia de su irrelevancia causal en la pérdida de capital sufrida por los actores.

En lo que concierne al pretendido conocimiento anticipado del contenido del Real Decreto-Ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero, que imponía exigencias adicionales de capitalización a las entidades bancarias, alegado en la demanda y apreciado en la sentencia apelada como base de la conducta engañosa imputada al demandado "Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria", por entender que este organismo conocía con antelación que se iba a aprobar esta disposición y lo ocultó a los demandantes, lo cierto es que no se ha probado en absoluto que el FROB o cualquiera de sus funcionarios supiese el contenido del Real Decreto-Ley 2/2012, y menos la incidencia que podía sobre "NCG Banco, S.A.", al tiempo de otorgarse los contratos de compraventa de acciones, el 12 de enero de 2012, momento en el que debe valorarse la presencia del dolo, pues resulta acreditado que la primera difusión del borrador del proyecto de dicho Real Decreto-Ley tuvo lugar durante la mañana del 16 de enero de 2012 y llegó al FROB al día siguiente, 17 de enero, mediante un correo electrónico remitido por el Secretario General del Banco de España, a meros efectos informativos y no de participación en su redacción, sin que pueda compartirse la conclusión, carente de sustento probatorio concluyente, de que hubo un anterior borrador de la citada normativa, también remitido al FROB, partiendo de que dicho correo electrónico hace referencia a «una nueva versión del RD-Ley», cuando no consta que ese primer borrador se hiciese llegar al FROB, y en todo caso el texto del correo es claro en cuanto a que se está refiriendo a «a mi correo de esta mañana».

Con respecto a la información que transmite el presidente del Consejo de Administración de "NCG Banco, S.A.", en la reunión de este órgano celebrada el 16 de enero de 2012, a la que igualmente alude la demanda y la sentencia apelada como indicio de la ocultación dolosa, la misma se refiere a lo manifestado por el Ministro de Economía el 4 de enero de 2012 al diario "Financial Times", en el sentido de que se va a seguir una determinada política económica sobre el sector bancario, que supone una provisión de los activos inmobiliarios por su deterioro, y se apunta una cifra a tanto alzado de 50.000 millones de euros referida al total de la banca española, sin señalar datos concretos sobre las futuras exigencias normativas de capital, declaraciones que fueron ampliamente difundidas por los medios de comunicación españoles dada su trascendencia económica, por lo que tal información, lejos de ser novedosa, era conocida desde esta fecha en todos los círculos económicos y no podía ser ignorada por los demandantes, por su trayectoria empresarial e inversora. Pero, en definitiva, no se acredita que el 12 de enero de 2012, fecha en la que se realizó la compraventa de acciones, el "Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria" supiese el contenido de las iniciativas legislativas del nuevo Gobierno, constituido a finales del año 2011, más allá de lo publicado en la prensa especializada sobre la necesidad de adoptar medidas drásticas de capitalización en el ámbito financiero, y mucho menos que estos hechos fueran conocidos por "NCG Banco, S.A." en diciembre de 2011, cuando los demandantes suscribieron con esta entidad los compromisos irrevocables de inversión en acciones cuya nulidad se pretende.

Aplicadas las consideraciones doctrinales expresadas, sobre el dolo como vicio del consentimiento que anula el contrato, a la apreciación de los hechos que resulta de la prueba practicada, en los términos expuestos, partiendo de que el dolo no se presume y ha de ser demostrado inequívocamente y de forma cumplida por la parte actora que lo alega, sin que basten

las meras conjeturas o indicios, ni puedan trasladarse a las demandadas las consecuencias negativas de la falta o insuficiencia de prueba sobre la certeza de los hechos constitutivos de la conducta engañosa que se les imputa en la demanda (art. 217.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), debemos concluir que no se ha acreditado en absoluto que las demandadas apelantes hayan incurrido en una omisión intencionada y engañosa de información dirigida a provocar el consentimiento contractual de los demandantes, de modo que esa ocultación insidiosa haya determinado causalmente la voluntad de contratar de los actores. Como ya hemos señalado, ni "NCG Banco, S.A.", en el momento en que los demandantes suscribieron con esta entidad los compromisos irrevocables de inversión en acciones, ni el "Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria", cuando se firmaron las escrituras de compraventa de acciones otorgadas por los demandantes y este organismo, ocultaron información o silenciaron datos sobre la situación patrimonial y contable de aquella entidad que conociesen entonces y que pudieran ser relevantes para la adecuada formación de la voluntad o hubieran conducido a los actores a no realizar la compra, referidos concretamente al ajuste contable retroactivo practicado en las cuentas de "Novacaixagalicia" y a la gestación del Real Decreto Ley 2/2012, de 3 de febrero. Aunque es cierto que no se informó directamente a los interesados en las inversiones en "NCG Banco, S.A." de estas dos circunstancias, al ser posteriores a la celebración de los contratos, en cualquier caso, si la gravedad del dolo presupone una cierta asimetría o debilidad negociadora en una parte que es aprovechada maliciosamente por la otra para determinar su voluntad, no cabe incluir en el dolo omisivo la simple falta de comunicación de datos o noticias que eran de general conocimiento, especialmente asequible para cualificados empresarios con la relevancia y experiencia inversora de los actores, por lo que no hay en este caso unos deberes legales específicos de información precontractual que permitan configurar tal omisión como una conducta objetivamente dolosa. Esa misma nota de gravedad del dolo, que impide considerar como susceptibles de causar error y viciar el consentimiento determinadas manifestaciones previas o coetáneas al contrato dirigidas a agrandar o incluso exagerar las ventajas del negocio para la otra parte, con un fin claramente publicitario y ajustado a los usos negociales, hace que no merezcan dicha calificación, vinculada a una conducta desleal y fraudulenta, las declaraciones contenidas en las presentaciones difundidas por "Novacaixagalicia" y por "NCG Banco, S.A.", o en las informaciones que dio personalmente o a través de la prensa el presidente de esta entidad, orientadas a captar inversores, ensalzando las virtudes del nuevo banco y haciendo predicciones de su favorable evolución, cuando era de general conocimiento el hecho de que "Novacaixagalicia" había sido intervenida por el FROB debido a su grave situación económica y cualquier asesoramiento financiero externo, al que tenían sencillo acceso los demandantes, podía prever la necesidad de hacer ajustes adicionales, teniendo en cuenta además que se captó mucho menos capital privado del esperado, como también era notoria, por las declaraciones públicas del Ministro de Economía y de otros miembros del recién constituido Gobierno, la ineludible aprobación de normas con exigencias más rigurosas de capitalización para las entidades financieras españolas, dentro el proceso de reestructuración bancaria que imponía la Unión Europea, por lo que, en definitiva, era fácilmente reconocible para los demandantes el carácter propagandístico de aquellas presentaciones o informaciones. Por otra parte, la necesidad de que exista una conciencia clara de la falsedad o el engaño cometidos, requiere que, para apreciar la reticencia dolosa, la ocultación de lo que es obligado manifestar se refiera a circunstancias pasadas o presentes, susceptibles de un conocimiento cierto, de modo que no lo es la afirmación o previsión de hechos futuros, como son las proyecciones realizadas acerca de la buena evolución económica "NCG Banco, S.A.", que no dejan de ser valoraciones u opiniones subjetivas e interesadas sobre una situación incierta. Puesto que en el dolo omisivo, el carácter causal del engaño, como factor desencadenante de la celebración del contrato, implica que el instigador actúe a sabiendas de que la otra parte no hubiera tomado la decisión de contratar de conocer la información omitida, por afectar a un elemento esencial del negocio, en el presente caso es evidente que ha de excluirse el dolo desde el momento en que en el momento de la compraventa no medió ninguna maniobra de ocultación del pasivo o del verdadero valor patrimonial de la entidad, y la voluntad de los actores de adquirir las acciones "NCG Banco, S.A." no estuvo determinada causalmente por la ignorancia de información relevante, en relación con los hechos alegados, que nunca les fue ocultada por las demandadas, pero que en cualquier caso estaban en condiciones de conocer al haberse difundido suficientemente la situación financiera real

de la entidad, sino por otros motivos ajenos a dicha información, de manera que su pretendida ausencia no influyó de forma decisiva en el consentimiento prestado.

En definitiva, no cabe atribuir a las demandadas una conducta insidiosa encaminada a provocar la voluntad negocial mediante la ocultación maliciosa de información, cuyo conocimiento por los demandantes les hubiera impelido a no suscribir la compra de acciones, que constituye el elemento característico y esencial del dolo omisivo susceptible de viciar el consentimiento e invalidar el contrato, con independencia del alcance del error que pudieran haber sufrido los actores al suscribir la operación, pues, una vez determinado que el mismo no ha sido causado por el engaño o la reticencia dolosa de las demandadas, no es preciso valorar aquí su existencia y la actuación diligente o excusable de los actores, sin perjuicio de hacerlo al entrar en el obligado examen del error vicio del consentimiento, que también sustenta la acción de nulidad contractual ejercitada en la demanda, ante el rechazo que merece la declaración sobre la concurrencia de dolo que hace erróneamente la sentencia apelada, lo que conduce a estimar los motivos de apelación que impugnan este pronunciamiento.

TERCERO. - Con iguales apoyos fácticos, básicamente referidos a la supuesta falsedad o inexactitud de las declaraciones y de la información precontractual que han emitido las demandadas, ahora apelantes, sobre la verdadera situación económica y financiera de "NCG Banco, S.A.", se ejercita en la demanda la acción de anulabilidad de los contratos de compromiso de inversión y de compra de acciones de esta entidad celebrados entre las partes, por vicio de error en el consentimiento.

A lo ya dicho, con carácter general y en aplicación del art. 1265 del Código, sobre los vicios del consentimiento y la necesidad de su prueba plena, dada la presunción "iuris tantum" de validez del contrato y de voluntad libremente prestada por las partes, en relación con los principios de respeto a lo pactado y autonomía de la voluntad, debemos añadir que, en lo relativo al error, se ha señalado también que la prueba de su esencialidad y reconocibilidad es de cuenta de quien lo alega (SS TS 18 febrero 1994 y 10 febrero 2000), y que su apreciación con trascendencia anulatoria del contrato debe interpretarse de forma restrictiva y rigurosa, con un sentido excepcional muy acusado, en aras de la seguridad jurídica y del fiel cumplimiento de lo pactado (SS TS 8 mayo 1962, 14 mayo 1968, 28 febrero 1974, 15 febrero 1977, 30 mayo 1991 y 6 febrero 1998), de manera que la representación equivocada se muestre como segura y no como una mera posibilidad dependiente de circunstancias inciertas o aleatorias (SS TS 21 noviembre 2012, 8 abril 2013 y 15 septiembre 2015).

En interpretación del art. 1266 del CC, la jurisprudencia tiene declarado que, para que el error en el consentimiento invalide el contrato, además de la voluntad formada a partir de una representación o creencia equivocada, es indispensable: a) que recaiga sobre la sustancia de la cosa o el hecho que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones del mismo que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele claramente la esencialidad del error; b) que no sea imputable al que lo sufre y derive de un hecho propio de la otra parte desconocido por el obligado; c) que tenga relevancia causal, por existir un nexo de causalidad entre el mismo y el fin pretendido con el negocio jurídico concertado que motiva el consentimiento; y d) que sea excusable, en el sentido de inevitable por el que lo padece empleando una diligencia media o regular, valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso (SS TS 12 junio 1982, 20 noviembre 1989, 14 febrero 1994, 14 julio 1995, 28 septiembre 1996, 6 febrero 1998, 26 julio 2000, 12 julio 2002, 12 noviembre 2004, 22 mayo 2006, 23 junio 2009, 21 noviembre 2012, 20 enero 2014 y 3 febrero 2016).

El carácter esencial del error ha de valorarse en relación con las cualidades del objeto o materia del contrato que, atendida la finalidad del negocio, hubieran sido la causa primordial de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa, al margen de las motivaciones o de las previsiones subjetivas de cada parte contratante que no constituyan la finalidad esencial del contrato (SS TS 30 septiembre 1963, 21 junio 1978, 9 abril 1980, 27 mayo 1982, 17 octubre 1989, 26 julio 2000, 17 julio 2006, 12 noviembre 2010 y 29 octubre 2013). Pero,

para que este error sea realmente esencial y vicie el consentimiento, es preciso que recaiga sobre aquellas condiciones o elementos del objeto negocial existentes en el momento de celebrar el contrato, de manera que las contingencias posteriores a la prestación del consentimiento, al no ser susceptibles de certeza o falsedad en ese momento, no pueden ser constitutivas de esta clase de error y constituyen simplemente un riesgo que debe soportar quien las padece, al margen de que al tiempo de contratar se hubiera representado una perspectiva o evolución futura favorable.

En cuanto a la diligencia exigible, no satisface el requisito de excusabilidad el error que obedece a una negligencia de la parte contratante que incumple el deber que tiene de informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella, cuando tal información le resulta fácilmente accesible, si bien para apreciar la excusabilidad del error habrá que atender a las circunstancias de toda índole, incluso a las personales, y tener en cuenta tanto la conducta del que lo sufrió como el comportamiento de la contraparte, que pudo haberlo provocado, ser conocedora de su existencia y aprovecharse de él sin desvelarlo, o haber incumplido su obligación legal de informar sobre determinados aspectos del negocio, de manera que si una parte tiene el deber de informarse el mismo principio de responsabilidad contractual impone a la otra el deber de informar, debiendo valorarse las respectivas conductas según el principio de la buena fe (SS TS 4 enero 1982, 4 diciembre 1990, 14 febrero 1994, 28 septiembre 1996, 6 febrero 1998, 20 diciembre 2000, 23 julio 2001, 22 mayo 2006, 13 febrero 2007, 6 junio 2013 y 12 enero 2015).

Ahora bien, no se puede establecer una relación de causalidad o una equiparación en términos absolutos entre el defecto de información y el error en el consentimiento de su destinatario, ya que, por sí mismo, el incumplimiento de la obligación de informar o su prestación insuficiente no determina una voluntad errónea o viciada del que deba recibirla, para cuya apreciación han de concurrir los requisitos exigidos por la doctrina expuesta, en el sentido de ser excusable y recaer sobre el objeto y las cualidades esenciales del contrato. Parece oportuno destacar que lo que vicia el consentimiento por error en operaciones de inversión o financieras es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente o afectado una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, no el incumplimiento por la otra parte, normalmente la entidad bancaria o de inversión, del deber de informar, ya que pudiera darse el caso de que aquél conociera de otro modo el contenido de la información omitida (STS 20 enero 2014). Además, todo el que contrata soporta el riesgo de que, al consentir, sean acertadas o no sus representaciones sobre las circunstancias en contemplación a las cuales el negocio le parecía adecuado a sus intereses, de manera que lo decisivo es que los nuevos acontecimientos producidos en ejecución del contrato, y que han sido objeto de errónea representación en el momento de su perfección, resulten contradictorios con la regla contractual (SS TS 8 enero 1962, 29 diciembre 1978, 21 mayo 1997, 21 noviembre 2012 y 29 octubre 2013), y así, cuando se asume un riesgo de pérdida como contrapartida de la expectativa de ganancia que conlleva un negocio proyectado hacia el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, excluyendo tal incertidumbre una previsión razonablemente segura acerca del resultado de la operación, siempre que el contratante se hubiera podido representar correctamente este carácter aleatorio y la entidad de los riesgos asumidos, no cabe afirmar que el desconocimiento de una futura mutación de las condiciones existentes al contratar, o la eventual representación equivocada sobre dicho resultado como consecuencia de la evolución de los elementos referenciales del producto, influya necesariamente en la correcta formación de la voluntad y tenga la consideración jurídica del error que vicia el consentimiento, al menos en un escenario económico de relativa normalidad (SS TS 20 enero 2014 y 15 septiembre 2015).

Pero también se ha destacado que, en el ámbito del mercado de valores y de los productos o servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de la obligación de informar al cliente no profesional, si bien no impide que éste conozca en algún caso la naturaleza o los riesgos del producto y no padezca error al contratar, hace que la carencia de información lleve a presumir la existencia de una falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento, de modo que el defectuoso cumplimiento por las empresas que operan en los mercados de valores de sus deberes de información, aunque no determina por sí

solo la presencia del error, permite presumirlo o al menos determinar la apreciación de su carácter excusable, ya que, si el cliente minorista necesitaba esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente (SS TS 20 enero 2014 y 12 enero 2015).

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, esta presunción favorable a la existencia del error excusable, asociada al defectuoso cumplimiento de los cualificados y extensos deberes de información, tipificados y especificados en distintas normas jurídicas, que incumben a las empresas que operan en los mercados de valores en sus relaciones con los consumidores o clientes minoristas, dada la inexperiencia de éstos frente a la profesionalidad de aquellas, como son los deberes de información precontractual contemplados en los arts. 60, 97 y 98 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, o en los arts. 43, 79 bis y 82 de la Ley del Mercado de Valores, no resulta aplicable, puesto que los demandantes no son consumidores ni pequeños inversores o minoristas, en el sentido que definen los arts. 2 y 3 del TRLGDCU y el art. 78 bis de la LMV, respectivamente, sino empresarios e inversores de larga trayectoria o reconocido prestigio en Galicia, con un claro perfil profesional, y que, como tales, no pueden invocar la infracción de esos específicos deberes normativos de información precontractual, según se desprende del interrogatorio de parte practicado en el acto del juicio y de la descripción que hace la propia demandada de la estructura y actividad empresarial o societaria de los actores y de sus administradores o representantes, incluida la entidad "RANEBE 2003 S.L.U.", autodefinida como minorista pero cuyo objeto social es, además de la construcción y promoción de viviendas, la administración de valores mobiliarios y participaciones, así como los Srs. Avelino y David, pese a intervenir a título particular, ya que el primero es propietario de la Corporación Voz de Galicia S.L., grupo de comunicación que engloba el diario La Voz de Galicia, la cadena Radio Voz, la productora Voz Audiovisual, el Instituto demoscópico Sondaxe y la cadena autonómica de televisión Vtelevisión, además de presidir la fundación que lleva su nombre, y el segundo es consejero de las sociedades mercantiles La Voz de Galicia S.A. y Promoción Urbanística Integral 2005 S.L., por lo que ambos, además del expresado perfil, tenían un acceso privilegiado a las noticias e informaciones económicas difundidas sobre la verdadera situación de "NCG Banco, S.A.", que se dice ocultada por las demandadas, así como a las fuentes de dichas informaciones.

No estamos tampoco en este caso ante una oferta pública de suscripción de acciones, sometida a normas sectoriales imperativas sobre la información que ha de proporcionarse a los potenciales inversores, para que puedan hacer una evaluación de la situación del emisor y de sus perspectivas, así como de los derechos inherentes a los valores, a través de un folleto informativo, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 26 y ss. de la Ley del Mercado de Valores, sino ante una operación institucional dirigida a la captación de capital privado de determinados empresarios para "NCG Banco, S.A.", auspiciada desde diversas instancias políticas, sociales y mediáticas, con el fin de sostener una entidad financiera de capital esencialmente gallego y al servicio de los intereses de esta comunidad que fuese continuadora de las Cajas de Ahorros de Galicia, en cuya gestación los actores o sus representantes se reunieron o comunicaron en varias ocasiones con el Presidente de "NCG Banco, S.A." que había recabado su participación, y reconocieron haber tomado la decisión de contratar básicamente por esta confianza personal o por razones sentimentales y de apoyo a una entidad gallega, según se desprende de la demanda y de las declaraciones prestadas en el juicio, tratándose de empresarios experimentados para los que las inversiones en valores no constituyen un fenómeno extraño sino vinculado de una u otra forma a su actividad ordinaria, con independencia de que algunos lo tuvieran como objeto social propio.

Por otra parte y como ya se ha relatado, en la presentación realizada por "Novacaixagalicia" en mayo de 2011, a través de un aviso legal en inglés (*disclaimer*), se informa a los posibles inversores de que la entidad que la elabora no se responsabiliza de la bondad de los datos económicos ni de la información financiera facilitada, y la presentación que hace en agosto del mismo año, denominada "Proyecto Sotomayor", contiene el mismo tipo de advertencia, en la que se

comunica a los posibles inversores la ausencia de responsabilidad de sus autores, que la información expuesta no había sido supervisada por los distribuidores ni iba a ser actualizada y que las estimaciones o predicciones realizadas conllevan elementos de juicio y análisis subjetivos, por lo que pueden cambiar sin aviso y "no se ofrece ninguna manifestación o garantía respecto al éxito o razonabilidad de las mismas", debiendo buscar su propio asesoramiento externo o a través del ofrecido por la misma entidad, sin que la circunstancia del idioma pueda servir de obstáculo para que los demandantes, dada su cualificación y medios a su alcance, puedan conocer su contenido. Pero, además y lo que es más importante, los contratos celebrados entre las partes que son objeto de la acción de nulidad incluyen cláusulas expresas de exclusión de garantías, tanto los compromisos irrevocables de inversión en acciones suscritos por los demandantes con "NCG Banco, S.A." en diciembre de 2011, cuya cláusula quinta relativa a la "Evaluación de riesgos por parte del Inversor", declara que "el Inversor reconoce que el Banco no está otorgando ninguna declaración o garantía en relación con las Acciones", como los contratos de compraventa de acciones otorgados el 12 de enero de 2012 por el FROB, cuya cláusula tercera, titulada "Ausencia de garantías", tras declarar que "El Vendedor solo responde frente a los Compradores de la titularidad de las Acciones objeto de la compraventa y de la inexistencia de cargas que las graven", establece que "el Vendedor no otorga a favor del Comprador declaraciones y garantías de ninguna clase ni, en particular y sin ánimo limitativo, responderá de ninguna circunstancia que pueda afectar al valor de las Acciones o del Banco". Es evidente el conocimiento y aceptación de estas cláusulas de exclusión de garantías por los demandantes, así como la claridad de su contenido y finalidad, en el sentido de que ni la entidad bancaria ni el vendedor garantizan el valor de las acciones y la seguridad de la inversión, asumiendo todos los riesgos inherentes a la operación el inversor o comprador, de modo que no configuran una cláusula genérica de exoneración de responsabilidad contractual ante los posibles incumplimientos del vendedor, que pudiera ser contraria a la buena fe, sino que delimitan los riesgos que asume cada parte, por lo que, cumplidos los requisitos de incorporación y transparencia exigidos, con carácter general y al margen de que el adherente sea o no consumidor, en los arts. 5 y 7 de la Ley que regula las Condiciones Generales de la Contratación, su validez queda amparada en la libertad de contratación y en el principio de autonomía de la voluntad y de libertad de pactos del art. 1255 del Código Civil, en relación con los arts. 1091 y 1258 del mismo Código, de acuerdo con la máxima "pacta sunt servanda".

Las mencionadas advertencias en el proceso de información precontractual y las citadas cláusulas de ausencia de garantías en los propios contratos suscritos por los demandantes imponían a éstos un especial deber de diligencia, que les obligaba a informarse de aquellos datos o circunstancias que eran esenciales o relevantes para prestar su consentimiento a la compra de acciones, en lo relativo a la verdadera situación económica de "NCG Banco, S.A." o a la posible incidencia en su viabilidad de futuros cambios normativos en el sistema bancario exigidos por la Unión Europea, y, en particular, a la repercusión que habría de tener en su valoración el necesario ajuste contable que debía realizarse, que supuso un descenso del capital principal del 10% al 8,2%, a la vista del resultado de la auditoría encargada por el FROB que situaba el valor real de aquella entidad en el 12% de su valor contable, información que algunos de los actores interrogados en el juicio admitieron conocer pero que de cualquier modo les resultaba fácilmente accesible, empleando una mínima actitud diligente y adecuada a su experiencia, conforme a la buena fe negocial, al disponer de sobrada capacidad y medios para interpretar los datos financieros publicados y recabar informes especializados al respecto, mediante un asesoramiento interno o externo, reconociendo determinados demandantes, como es el caso de "INVERAVANTE INVERSIONES UNIVERSALES S.L." y de "RANEBE 2003 S.L.U.", disponer de un departamento específico de análisis financiero, por lo que no puede apreciarse la existencia de una clara asimetría informativa entre las partes contratantes. Refuerza esta obligación la evidencia, que no podían ignorar los demandantes, de que otros destacados empresarios, que asistieron a las reuniones con el Presidente de "NCG Banco, S.A." e interesados en la inversión, desistieron de hacerla, al comprobar la situación y las perspectivas de futuro de "NCG Banco, S.A." y pedir garantías adicionales para la adquisición de acciones que esta entidad no estaba dispuesta a prestar. Por eso, el hecho, igualmente acreditado y reconocido, de haber desatendido esta carga de obtener una información y asesoramiento propios, dadas las circunstancias concurrentes, impide imputar el deber de informar exclusivamente a las

demandadas y revela una falta de diligencia profesional en los actores que hace vencible o inexcusable el error que pudieran haber sufrido.

Tampoco concurre en la contratación litigiosa el carácter esencial y a la vez causal o determinante del error vicio del consentimiento que, como ya hemos mencionado, no cabe confundir con las motivaciones o previsiones subjetivas que pudieran tener o representarse los demandantes sobre el buen éxito de la operación y la incierta evolución futura de su inversión, al referirse a contingencias posteriores a la celebración del contrato y constitutivas de un riesgo que deben soportar los adquirentes de las acciones, sin que igualmente puedan estimarse como susceptibles de causar tal error las manifestaciones previas o coetáneas al contrato contenidas en las citadas presentaciones dirigidas a enfatizar las ventajas del negocio para los compradores, con un fin claramente publicitario y reconocible para éstos. Debemos partir de la apreciación fáctica ya expuesta al examinar la concurrencia del dolo, en el sentido de que el resultado de la valoración encargada por el FROB era un dato notorio, publicado en prensa y comunicado como "Hecho Relevante" a la Comisión Nacional del Mercado de Valores el 30 de septiembre de 2011, de modo que los actores tenían que conocer que el valor real de "NCG Banco, S.A." era el 12% del que figuraba en libros, cuando además compraron las acciones al mismo precio que las había adquirido el FROB, adecuado ya a esta valoración, y que el ajuste contable, practicado con carácter retroactivo después pero previsible al tiempo de contratar, no fue la causa de la pérdida de valor de las acciones o de la resolución de la entidad demandada, ni implicaba que la misma fuese inviable o insolvente, al margen de su complicada situación económica que no podía entenderse superada por la mera circunstancia de la entrada del FROB en el capital social, lo cual impide afirmar que de haber conocido los demandantes el alcance de dicho ajuste habrían tomado la decisión de no invertir. Puesto que los actores pudieron representarse correctamente la naturaleza y efectos de la operación, proyectada hacia el futuro y con un acusado componente de aleatoriedad, una vez asumido por ellos el riesgo de pérdida que la misma conllevaba, dado que esta incertidumbre excluía una previsión razonablemente segura acerca de su resultado, no cabe afirmar que el desconocimiento de una posible mutación de las condiciones existentes al contratar influyera necesariamente en la correcta formación de la voluntad y tuviera aptitud para viciar el consentimiento, ni que la evolución negativa o a la baja del valor de "NCG Banco, S.A." sea un elemento contradictorio con la reglamentación contractual, sino precisamente una consecuencia inherente a las obligaciones y a los riesgos asumidos por los compradores de las acciones. Por ello, aunque estamos ante una operación arriesgada y con un cálculo de negocio equivocado, que condujo a una frustración de la inversión, al no haber alcanzado el éxito pretendido por acontecimientos posteriores vinculados al proceso de reestructuración bancaria, lo que supone en definitiva la actualización del riesgo asumido por los demandantes, al comprar las acciones en una difícil coyuntura financiera que continuó deteriorándose, no podemos concluir que el consentimiento prestado por los adquirentes estuviera provocado causalmente por la ignorancia de información relevante que debieran suministrar las demandadas, sino por otras razones, de manera que este supuesto desconocimiento no influyó de forma esencial en la voluntad de contratar y no cabe apreciar la existencia de error invalidante del consentimiento.

CUARTO.- La desestimación de la acción de nulidad contractual por vicios del consentimiento ejercitada obliga a examinar la pretensión, deducida en la demanda con carácter subsidiario, de resolución de los contratos litigiosos apoyada en diversos motivos, aunque relacionados entre sí, el primero de los cuales se refiere al incumplimiento contractual de la parte vendedora demandada derivado del "aliud pro alio", o entrega de objeto distinto al comprado, alegando sustancialmente que, además de las acciones adquiridas, también formaban parte del objeto del negocio las cualidades atribuidas a la entidad cuyas acciones se compraban y, en concreto la buena situación patrimonial de la misma litigio.

La facultad resolutoria, tácita o implícita en las obligaciones sinalagmáticas, que establece el art. 1124 del Código Civil, ofrece un carácter excepcional frente al principio fundamental de la contratación que exige favorecer la subsistencia del vínculo negocial y el cumplimiento de lo validamente pactado (arts. 1091 y 1258 CC), por lo que su estimación se condiciona a la

conurrencia de una serie de requisitos que presuponen un incumplimiento esencial, injustificado, grave y culpable de su obligación por la parte frente a la cual se ejercita, de manera que no basta con cualquier infracción o defecto en la ejecución de la prestación sino que se exige un incumplimiento relevante o cualificado que justifique la extinción de la relación obligatoria. Considera la jurisprudencia que se da esa nota de gravedad cuando se frustra la finalidad del negocio o el interés del acreedor, al no cumplirse la prestación o entregarse un "aliud pro alio", esto es, una cosa distinta a la convenida, existiendo una diversidad sustancial, o no apta para su destino propio, siendo entonces una diferencia funcional que produce la insatisfacción del acreedor por inadecuación del objeto, y que concurre la nota de imputabilidad cuando se manifiesta, bien una voluntad deliberadamente rebelde del deudor al cumplimiento de lo convenido, bien un hecho o conducta obstativos del mismo que lo impide de modo absoluto, definitivo e irreformable (SS TS 12 abril 1945, 23 noviembre 1964, 24 enero 1976, 7 febrero 1983, 22 octubre 1985, 30 marzo 1992, 30 abril 1994, 16 marzo 1995, 7 febrero 1996, 30 octubre 1998, 1 febrero 2001, 10 julio 2003, 13 mayo 2004, 12 marzo 2009, 14 junio 2011, 21 marzo 2012 y 20 marzo 2013), sin que sea necesario el dolo o una resistencia tenaz y persistente, ya que basta la constatación de un inequívoco y objetivo incumplimiento que malogre las legítimas aspiraciones de la contraparte (SS 16 junio 1992, 20 junio 1993, 3 mayo 1994, 10 mayo 2000, 24 noviembre 2004, 31 octubre 2006, 31 enero 2008 y 24 septiembre 2013), pudiendo revelarse la voluntad de incumplir por una prolongada inactividad o pasividad del deudor (SS 4 marzo 1986, 5 junio 1989, 18 marzo 1991, 10 marzo 2001, 22 mayo 2003, 14 octubre 2004, 12 marzo 2009, 2 diciembre 2011, 22 diciembre 2014 y 30 abril 2015). Este incumplimiento resolutorio puede de ser, no solamente el pleno o absoluto, sino que también abarca el parcial o relativo, así como los casos graves de ejecución defectuosa o tardía de la prestación debida. Así, en los supuestos de cumplimiento irregular o anómalo de su obligación por parte del deudor, puede desde luego el acreedor ejercitar, en defensa de sus derechos, la común facultad de pedir el exacto cumplimiento de la prestación, con base en los arts. 1166 y 1169 del CC., a través de una pretensión de corrección o rectificación, exigiendo, en su caso, la indemnización que pudiera corresponderle por los daños y perjuicios que el anormal cumplimiento le hubiera causado, conforme a los arts. 1101 y 1124 del mismo Código, pero le cabe también, supuesto el carácter bilateral y oneroso del contrato, la posibilidad de pedir su resolución con arreglo a lo dispuesto en esta última norma, cuando en realidad la prestación parcial o defectuosa sea de tal entidad que implique la frustración del fin del contrato o de las expectativas que impulsaron su celebración, afectando las deficiencias observadas, de manera fundamental o relevante, a la esencia objetiva del contrato y a la utilidad económica pretendida por las partes, sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones de menor entidad, accesorias o complementarias que no impiden el mencionado fin económico del contrato en contra de las legítimas expectativas de la parte (SS TS 20 diciembre 1977, 23 marzo 1982, 27 octubre 1986, 6 noviembre 1987, 10 mayo 1989, 18 noviembre 1993, 5 mayo 1997, 26 julio 1999, 23 mayo 2000, 15 octubre 2002, 3 marzo 2005, 22 diciembre 2006, 25 junio 2009, 10 septiembre 2012 y 25 octubre 2013).

Según establece una constante doctrina legal, se está en presencia de la entrega de una cosa diversa o "aliud pro alio" cuando existe pleno incumplimiento del contrato, por inhabilidad absoluta del objeto entregado para cumplir la finalidad prevista, y se produce la total insatisfacción del contratante, lo que permite acudir a la protección que dispensan los arts. 1101 y 1124 del Código Civil. Supone la falta de correspondencia objetiva entre lo pactado como objeto del contrato y lo entregado, dándose una diversidad sustancia o funcional, como ocurre si una de las partes sustituye de forma unilateral de la prestación debida por otra distinta, o lo entregado carece de las cualidades necesarias para servir al uso destinado, y resulta inservible o inadecuada, por lo que no satisface la finalidad o el interés del acreedor objetivamente considerado (SS TS 7 enero 1988, 12 abril 1993, 14 noviembre 1994, 10 octubre 2000, 1 julio 2002, 28 noviembre 2003, 17 febrero 2010, 20 noviembre 2012, 25 octubre 2013 y 2 junio 2015). Por ello, la regla del "aliud pro alio" es aplicable a todos los contratos en los que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1157 del Código Civil, la obligación consiste en entregar una cosa, y el pago o cumplimiento de la misma exige, para desplegar su efecto solutorio, la identidad entre la cosa que se debe entregar y la entregada, de manera que la prestación realizada contraviene el principio de identidad o exactitud en el pago o

cumplimiento de la obligación contemplado en los arts. 1157 y 1166 del CC, en virtud del cual, y para que opere su efecto extintivo de la obligación, se requiere la identidad e integridad entre la prestación convenida y la realizada, y que esta se haga, desde el punto de vista objetivo, exactamente en la forma y con el contenido establecidos en el título constitutivo de la obligación, que es lo que tiene derecho a exigir el acreedor sin que se le pueda compeler a aceptar otra diferente, de manera que una vez identificada en el contrato la cosa debida no es posible cambiarla sin un acuerdo de las partes ni tampoco reclamar un "aliud pro alio" (SS TS 25 septiembre 1986, 12 julio 1993, 22 julio 1998, 25 mayo 2001, 12 junio 2003, 20 noviembre 2008 y 20 noviembre 2012), teniendo que respetarse en todo caso el objeto cierto y determinado que sea materia del contrato (arts. 1261-2º y 1273 CC), considerado como aquella realidad sobre la que el contrato incide y en relación al cual recae el interés o la intención de las partes y la finalidad esencial perseguida con el negocio, es decir, el comportamiento o prestación a los que el vínculo obligatorio sujeta al deudor y que tiene derecho a exigirle el acreedor (SS TS 5 junio 1978, 10 octubre 1997 y 20 julio 2006). En el caso del contrato de compraventa, el vendedor tiene la obligación, de acuerdo con los arts. 1445 y 1461 del CC, de entregar la cosa vendida conforme a lo convenido o proyectado, en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato (art. 1468 CC) y en las condiciones necesarias para servir al destino o funcionalidad pactados, que comprende la de poner en poder del comprador todo lo que exprese el contrato (art. 1469 CC), de modo que el incumplimiento esencial y absoluto de la prestación debida puede dar lugar a su ejecución en forma específica, de manera exacta y completa, o a la resolución contractual, a opción del acreedor, con indemnización de los daños y perjuicios causados en ambos casos, de conformidad con los citados arts. 1101 y 1124 del mismo Código (SS TS 28 noviembre 1970, 20 septiembre 1985, 30 septiembre 1986, 13 julio 1987, 12 febrero 1988, 8 octubre 1990, 28 enero 1994, 27 enero 1999, 6 mayo 2004, 10 septiembre 2012, 25 octubre 2013 y 1 abril 2014), teniendo el comprador derecho a rechazar la entrega de aquella cosa que no se corresponda con el objeto contratado ni sea útil o adecuada para el uso previsto, sin que deba aceptar una prestación defectuosa o incompleta que la hace inhábil o insuficiente para el fin perseguido (SS TS 10 noviembre 1981, 29 enero 1983, 26 octubre 1987, 26 mayo 1994, 14 noviembre 2000, 12 marzo 2002, 29 septiembre 2004 y 17 diciembre 2010).

En este caso no hay base alguna para apreciar el alegado incumplimiento contractual, ya que, como bien opone la demandada apelante, el "FONDO DE REESTRUCTURACIÓN ORDENADA BANCARIA" cumplió su obligación esencial como vendedora de entregar a los demandantes las acciones de "NCG Banco, S.A." en las condiciones pactadas, en virtud del compromiso contraído a través de la opción de compra concedida a esta entidad de transmitir las acciones que había adquirido el mismo día, 30 de septiembre de 2011, en la ampliación de capital de "NCG Banco, S.A.", siendo estas acciones, con las mismas condiciones y valoración con las que el FROB las adquirió, las que fueron vendidas a los actores, por lo que no puede decirse que falte una cualidad esencial de las mismas cuando se entregan a los compradores, o que carezcan de la utilidad perseguida al contratar, con independencia de que la entidad bancaria estuviese en una delicada situación patrimonial que no podía ser ignorada por los compradores y de que la evolución posterior de los mercados, en relación con la crisis financiera y el proceso de reordenación bancaria ya abiertos, convirtiese en fallida una inversión que, cuando menos, hay que calificar de incierta o arriesgada. Lo que no cabe afirmar en absoluto es que se haya entregado una cosa diferente de la vendida o que ésta fuera inhábil para el fin perseguido en el momento de contratar, basándose en que, junto con las acciones adquiridas, formaba parte del objeto del negocio la situación saneada de la entidad cuyas acciones se compraban, puesto que se trataba de una simple compraventa o inversión en acciones, en la que éstas eran el único objeto contractual, no la empresa como tal y en un estado económico determinado. Lejos de incorporarse de forma expresa a los contratos celebrados o deducirse de lo convenido tácitamente por las partes, como cualidad del objeto o prestación esencial, que, además de la entrega de las acciones transmitidas, se garantizaba la buena situación empresarial o la total solvencia del banco y el venturoso futuro de la inversión, debemos recordar que, tanto las advertencias formuladas en las presentaciones realizadas por "Novacaixagalicia", como las cláusulas de exclusión de garantías contenidas en los compromisos irrevocables de inversión en acciones suscritos por los demandantes con "NCG Banco, S.A." y en los contratos de compraventa de acciones otorgados por el FROB, manifiestan con claridad meridiana

que ni la entidad bancaria ni el vendedor garantizan el valor de las acciones o del banco y la seguridad de la inversión, asumiendo todos los riesgos inherentes a la operación el inversor o comprador.

QUINTO.- La parte actora pretende también fundamentar la resolución contractual en la aplicación de la denominada "doctrina de la base del negocio", ante la desaparición sobrevenida de la causa y objeto del contrato, representados por esta base negocial, consistente supuestamente en el hecho de invertir y obtener una participación accionarial en una entidad bancaria solvente y capitalizada, que según la demanda habría constituido un móvil esencial o causalizado del contrato, intrínseco en el mismo y cuya desaparición determinaría la pérdida de la base del negocio.

La jurisprudencia ha identificado el desequilibrio de las prestaciones que afecta a la base del negocio con el conjunto de circunstancias cuya concurrencia impide que se obtenga el resultado que se proponen las partes a través del negocio jurídico, distinguiendo la base del negocio subjetiva, como representación común de lo que esperan ambos contratantes y les ha determinado a celebrar el contrato, y la base del negocio objetiva, que son las circunstancias cuya presencia sea objetivamente necesaria para mantener el contrato en su causa o función propia, todo ello con fundamento en la equivalencia de las prestaciones y el principio de la buena fe, en relación con la causa del contrato, que ha de estar presente tanto en el momento inicial de la formación del contrato como durante su ejecución, lo que permite la resolución del mismo si desaparece la base del negocio, esto es la razón común a las partes que las ha llevado a contratar, con ausencia sobrevenida de su causa, al existir un claro desequilibrio que rompe esa equivalencia de las prestaciones (SS TS 21 julio 2010, 20 febrero 2012 y 26 abril 2013). También se ha vinculado la doctrina de la base del negocio al incumplimiento esencial del contrato, entendido como categoría diferenciada del denominado incumplimiento prestacional, y así, mientras éste queda residenciado en el plano del incumplimiento de los deberes contractuales y en la ponderación del alcance de su desajuste o falta de ejecución, observados objetivamente desde el contenido de las prestaciones establecido, el incumplimiento esencial se centra, no tanto en la exactitud o ajuste de la prestación realizada, sino primordialmente en la perspectiva satisfactiva del cumplimiento y del interés del acreedor que informa y justifica la celebración del contrato, atendiendo a la idoneidad de los resultados, beneficios o utilidades que lógicamente cabía esperar de la naturaleza y características del contrato celebrado, de forma que su valoración e interpretación en el fenómeno contractual se amplía al plano causal del contrato y a su peculiar instrumentación técnica a través de la base de negocio, la causa concreta del mismo o la naturaleza y caracterización básica del tipo negocial llevado a la práctica, haciendo que la ponderación de la trascendencia resolutoria del incumplimiento esencial pueda alcanzar, no sólo a las obligaciones principales del contrato, sino al conjunto o totalidad de las prestaciones contractuales, sin distinción, aunque sean de carácter accesorio o complementario, si de la instrumentación técnica señalada se infiere que fueron determinantes para la celebración o finalidad del contrato celebrado (SS TS 18 noviembre 2013 y 23 mayo 2014). En definitiva, la aplicación de la denominada base objetiva del negocio permite concluir que la mutación o el cambio de las circunstancias determina la desaparición de la base del negocio cuando: la finalidad económica primordial del contrato, expresamente prevista o derivada de la naturaleza o sentido del mismo, se frustra o se torna inalcanzable; la conmutatividad del contrato, expresada en la equivalencia o proporción entre las prestaciones, desaparece prácticamente o se destruye, de suerte que no puede hablarse ya del juego entre prestación y contraprestación. Complementariamente, la denominada base subjetiva del negocio permite llegar a idéntica conclusión en aquellos supuestos en donde la finalidad económica del negocio para una de las partes, no expresamente reflejada, pero conocida y no rechazada por la otra, se frustra o deviene inalcanzable tras la mutación o cambio operado (SS TS 30 junio 2014 y 24 febrero 2015).

Siguiendo esta interpretación, entendemos que en este caso no concurren los presupuesto que permiten aplicar la doctrina de la base del negocio con los efectos resolutorios pretendidos. Con independencia de que su aplicación pueda ser invocada en los contratos de tracto único y no sólo en los de tracto sucesivo, como alega la vendedora apelante, en todo caso es preciso que la relación obligatoria se encuentre pendiente de ejecución, en todo o en parte, lo cual implica que, en los

contratos de ejecución instantánea, como es el que nos ocupa, el cumplimiento o ejecución de alguna de las prestaciones haya quedado diferida para un momento futuro, circunstancia que evidentemente no concurre en la compraventa de acciones objeto de resolución. Pero tampoco se aprecia la ruptura de la conmutatividad del contrato, expresada en la equivalencia o proporción entre las prestaciones, desde el momento en que la parte vendedora, el FROB, que había adquirido sus acciones al mismo precio que los demandantes, ha perdido con la operación el valor del capital invertido en "NCG Banco, S.A.", que quedó reducido a cero, al igual que los compradores. Además, falta la existencia de ese claro desequilibrio sobrevenido a la celebración del contrato que hace desaparecer la causa o la base del negocio, en relación con la finalidad perseguida por ambos contratantes incorporada al contrato como causa objetiva o motivo causalizado, esencial o determinante de la voluntad negocial, teniendo en cuenta la diferencia sustancial que existe entre las subjetivas e individuales motivaciones de cada una de las partes que son jurídicamente intrascendentes, y la causa del contrato, que ha sido definida, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1274 del Código Civil, como la razón objetiva, precisa y tangencial a la formación del contrato que determina su realización, o también como el fin objetivo o inmediato del negocio jurídico y la función económico- social o práctica que el Derecho le reconoce como relevante (SS TS 31 enero 1991, 17 abril 1997, 17 diciembre 2004, 27 junio 2007 19 febrero 2009). La supuesta creencia o representación de los actores de que estaban comprando las acciones de una sociedad totalmente saneada y solvente, con una proyección de negocio segura y viable, constituye una simple motivación interna que no se ha elevado por voluntad de las partes a la categoría de causa del contrato, ni aparece reflejada como tal expresa o implícitamente en su contenido, de modo que no ha trascendido a la relación negocial y carece de relevancia jurídica, ya sea con base en la ausencia sobrevenida de la causa y objeto del contrato, o bien desde su consideración como un incumplimiento esencial bajo la perspectiva satisfactiva del interés que justifica su celebración. Por el contrario, las cláusulas de salvaguardia y ausencia de garantías que se establecen, tanto en los compromisos de adquisición de acciones suscritos con "NCG Banco, S.A.", como en los contratos de compraventa perfeccionados con el FROB, expresan claramente que la vendedora no responde del valor de las acciones ni de la seguridad de la inversión o de la buena marcha de la entidad, y que todo el riesgo inherente a la operación, como es la variación que puede experimentar el valor de las acciones o del propio banco, la asume el comprador. Esto nos lleva a la razonable conclusión de que la finalidad económica primordial perseguida con la compraventa de acciones, o la razón común a las partes que las ha impulsado a contratar, no se extendía a garantizar el valor de la inversión realizada y a eliminar sus riesgos, y que la pérdida del beneficio o rentabilidad esperados por los compradores por circunstancias, ya mencionadas con reiteración, en parte preexistentes aunque conocidas y en parte sobrevenidas pero previsibles, en un escenario de acusada crisis económica y financiera, no es sino la materialización del riesgo consustancial al negocio, y no puede estimarse como una ausencia sobrevenida de la causa del contrato que rompa la necesaria equivalencia de las prestaciones y haga desaparecer la base del negocio, a los efectos resolutorios pretendidos.

SEXTO. - La acción resolutoria de los contratos litigiosos ejercitada en la demanda, se fundamenta igualmente en la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus", alegando la existencia de circunstancias sobrevenidas que no eran previsibles en el momento de contratar, como son el ajuste contable que se practicó después con carácter retroactivo, y las medidas legislativas sobre recapitalización de las entidades financieras adoptadas posteriormente.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han aceptado la posibilidad de modificación de un contrato en virtud del principio general de la llamada cláusula "rebus sic stantibus", nacida para resolver los problemas derivados del desequilibrio de las prestaciones contractualmente convenidas como consecuencia de la alteración sobrevenida y fortuita de las circunstancias contempladas al constituir la relación, cuya aplicación, bajo la indicada forma o bajo fórmulas doctrinales más evolucionadas, como son la teoría de la presuposición, la excesiva onerosidad sobrevenida o la "base del negocio", ha de ser siempre moderada o cautelosa, al constituir una excepción al principio "pacta sunt servanda" y de obligatoriedad de los contratos, recogido en los art. 1091 y 1258 del Código Civil, y exige como requisitos: la alteración extraordinaria de las

circunstancias originales, producida entre el momento de la perfección del contrato y el de su consumación; la desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las prestaciones de las partes que rompa el equilibrio de las prestaciones; la imprevisibilidad del riesgo y de la alteración sobrevenida que produce tal desproporción; y la subsidiaridad, por no haber otro medio para salvar o impedir el perjuicio (SS TS 14 diciembre 1940, 17 mayo 1941, 17 mayo 1957, 31 marzo 1960, 31 octubre 1963, 15 marzo 1972, 9 mayo 1983, 17 mayo 1986, 21 febrero 1990, 24 de junio de 1993, 29 mayo 1996, 17 noviembre 2000, 21 marzo 2003, 1 marzo 2007, 20 noviembre 2009, 17 enero 2013 y 30 junio 2014), debiendo necesariamente acreditarse la concurrencia de estos requisitos en forma racionalmente contundente y decisiva (SS TS 23 junio 1997, 17 noviembre 2000, 28 diciembre 2001 y 25 enero 2007). También se suele limitar la aplicación de la cláusula a los contratos de tracto sucesivo y de ejecución diferida, o que dependen de un hecho futuro, considerando que en los contratos de tracto único, como es la compraventa, debe aplicarse de modo aún más excepcional (SS TS 10 febrero 1997, 15 noviembre 2000, 22 abril 2004, 1 marzo 2007 y 17 enero 2013), ya que, si el objeto vendido se transmite enteramente al comprador al tiempo de consumarse el contrato, se le traslada asimismo el riesgo inherente a la cosa, como es su posible depreciación futura.

Pero, aún de estimarse procedente, el efecto normal y preferente de esta cláusula es la modificación de la obligación o del contrato, encaminada a compensar el desequilibrio de las prestaciones, no su extinción o resolución (SS TS 23 abril 1991, 6 noviembre 1992, 15 marzo 1994, 19 junio 1996, 12 noviembre 2004, 25 enero 2007 y 15 octubre 2014), por lo que se reputa extravagante el recurso a la cláusula rebus cuando hay una frustración total del fin del contrato o la prestación convenida no responde a la finalidad para cuya consecución se concertó, precisamente por la posibilidad de ejercitar en estos casos la facultad de resolución prevista en el art. 1124 del CC (SS TS 20 abril 1994 y 1 junio 2010), de manera que, si se admite la acción resolutoria al amparo de esta cláusula, es porque, además de haber cambiado de forma extraordinaria e imprevisible las circunstancias que sirvieron de base al negocio durante su ejecución haciendo ésta excesivamente onerosa para una de las partes, se ha producido una frustración del fin contractual, y de la propuesta de revisión o modificación ofrecida por las partes no cabe obtener una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato (STS 17 enero 2013).

No obstante, la reciente jurisprudencia ha establecido una configuración más normalizada y flexible de la cláusula "rebus sic stantibus", aun sin prescindir de su prudente y moderada aplicación, que deriva de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico y de su concreción funcional en el marco de la eficacia causal del contrato. Con carácter general, establecido el nexo entre el plano causal del contrato y la tipicidad contractual de la cláusula, la valoración de la incidencia que determina la mutación o el cambio de circunstancias, es decir, la posible alteración causal del contrato, se realiza de un modo objetivado mediante el recurso a dos criterios de concreción de dicha tipicidad. Con el primero, a través de la doctrina de la base del negocio, se contrasta principalmente el alcance de dicha mutación respecto del sentido o finalidad del contrato y de la conmutatividad o equilibrio prestacional del mismo, de modo que la incidencia de la excesiva onerosidad sobrevenida y operada por ese cambio, bien al reflejar un substancial incremento del coste de la prestación debida o bien al suponer una disminución del valor de la contraprestación recibida, debe ser relevante o significativa respecto de la base económica que informó inicialmente el contrato celebrado, tanto por resultar determinante para la frustración de la finalidad económica o viabilidad del contrato, como por representar una alteración significativa o una ruptura de la relación de equivalencia de las contraprestaciones o conmutatividad del contrato. Con el otro criterio, representado por el aleas o marco de riesgo establecido o derivado del negocio, denominado "riesgo normal del contrato", el contraste se realiza entre la alteración de las circunstancias y su imbricación o adscripción con los riesgos asignados al cumplimiento del contrato, ya por su expresa previsión o bien por su vinculación con los riesgos propios que se deriven de la naturaleza y el sentido de la relación obligatoria contemplada en el contrato, de forma que para la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" ese cambio relevante, configurado como riesgo, debe quedar excluido del "riesgo normal" inherente o derivado del contrato (SS TS 30 junio 2014 y 24 febrero 2015).

Puesto que la apreciación de la incidencia determinada por la posible alteración causal del contrato a través de la doctrina de la base del negocio ha sido ya analizada, resta por examinar la aplicación al caso de la cláusula "rebus sic stantibus", bajo el otro criterio de concreción de su tipicidad, valorando la trascendencia que tiene el cambio de circunstancias sobrevenido respecto al riesgo normal del contrato. Sobre este particular, la conclusión es clara en el sentido de que la pérdida de la inversión realizada por los actores, mediante la compraventa de acciones de la entidad demandada, por la caída de valor asociada a las nuevas exigencias normativas que condujo a su resolución y dejó su capital reducido a cero, además de ser una alteración previsible y no por completo ajena a la esfera de actividad empresarial o de control de los actores, y a su capacidad de asesoramiento financiero profesionalizado, forma parte del riesgo asignado o que es inherente al cumplimiento del contrato y a la adquisición de dichas acciones, tanto por derivarse de la propia naturaleza aleatoria que reviste el valor futuro del capital recibido por los compradores, como por su expresa previsión en los contratos celebrados, a través de las cláusulas de exclusión de garantías insertas en los compromisos de inversión suscritos con "NCG Banco, S.A." y en los contratos de compraventa con el FROB, en las que se advierte claramente de los riesgos asociados a la operación, que asume el inversor, y se manifiesta que ni la entidad bancaria ni el vendedor garantizan el valor de las acciones o del banco, lo cual, en un contexto de crisis económica y financiera, con un proceso abierto de reestructuración bancaria, configura una situación de elevado riesgo asumida por los compradores y que esta incluida en el riesgo normal derivado del contrato, dadas las circunstancias concurrentes, de manera que la posible pérdida de valor de las acciones, en cuanto realización necesaria de una inversión equivocada, es un riesgo propio de las mismas que se transmite al comprador y que éste no puede pretender repercutir en la parte vendedora sin vulnerar la buena fe, por lo que no concurren los presupuestos necesarios para invocación de la referida cláusula. En términos generales, la jurisprudencia ha sido contraria a admitir la procedencia de la cláusula "rebus sic stantibus", para eludir el riesgo de una contingencia externa sobrevenida que afecta negativamente a una de las partes, en los casos de compraventa de productos que operan en mercados cuya naturaleza inestable hace predecible la existencia de alteraciones o fluctuaciones exorbitantes (SS TS 17 mayo 1941, 15 noviembre 2000), o en los que las decisiones de una determinada política gubernamental conforman el riesgo inherente al tipo de actividad regulada (SS TS 16 de octubre de 1989 y 17 noviembre 2000), especialmente cuando el riesgo recae sobre agentes económicos que operan profesional y habitualmente en estos mercados, excluyendo igualmente la aplicación de la cláusula en supuestos de compraventa de inmuebles, con base en la posible fluctuación posterior del valor de mercado que podía afectar a las fincas objeto de contrato, por entender que esta circunstancia no queda excluida del riesgo normal e inherente que debe asumir la parte compradora, conforme a la naturaleza y el contenido del negocio celebrado, cuando además se sitúa en el ámbito profesional de su actividad como empresa dedicada al sector inmobiliario (SS TS 24 febrero 2015).

SÉPTIMO.- La última pretensión deducida en la demanda, de naturaleza indemnizatoria y subsidiaria a las anteriores, para el supuesto de que no se declare la nulidad ni la resolución de los compromisos y contratos impugnados, se fundamenta en el ejercicio de una acción de responsabilidad contractual o extracontractual por los hechos e incumplimientos alegados, en particular referidos a la omisión de información completa y relevante sobre la verdadera situación patrimonial de "NCG Banco, S.A.", solicitando la indemnización de los daños y perjuicios causados a los actores, coincidente con el importe total de la inversión realizada por cada uno de ellos, que se trata así de recuperar.

Con carácter general, en el ámbito de la responsabilidad contractual, el art. 1258 del Código Civil establece que, una vez perfeccionado el contrato, éste obliga "no sólo a cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley". En virtud de esta norma, el contenido del contrato y la responsabilidad contractual se extiende, más allá de la literalidad de lo convenido, a todas aquellas "consecuencias" derivadas directa y naturalmente de lo acordado, de manera expresa o tácita, que son necesarias o útiles para alcanzar su plena efectividad o consumación, de manera que deben considerarse comprendidas en el contrato todas las obligaciones que conlleva su lógico y

adecuado cumplimiento. Estas consecuencias normales del contrato, que han de entenderse no como meramente accesorias o complementarias sino verdaderamente constitutivas, y determinantes del alcance que deba tener la ejecución o cumplimiento de las prestaciones, en cuanto necesarias para el fin buscado por las partes, tienen su fundamento vinculante en el propio contenido del contrato y, además del uso y de la Ley, en el principio general de la buena fe, entendida en el sentido objetivo del art. 7 del CC y que permite la heterointegración contractual (SS TS 15 julio 1985, 17 enero 1986, 20 febrero 1988, 14 octubre 1991, 9 octubre 1993, 26 octubre 1995, 12 marzo 1998, 25 julio 2000, 30 enero 2003, 7 diciembre 2009 y 24 febrero 2015).

En materia de responsabilidad contractual, poco queda por añadir a lo antes expuesto, ya que, además de no existir base alguna para apreciar un incumplimiento esencial del contrato con efectos resolutorios, por los motivos examinados, no se desprende de los hechos que han sido acreditados la existencia de ningún tipo de incumplimiento de los deberes legales y de las obligaciones contractuales apto para causar el perjuicio cuya reparación se pretende y que pueda ser imputado a una conducta activa u omisiva de las demandadas apelantes contraria a la buena fe comercial. En este caso es evidente que el FROB cumplió sus obligaciones como vendedor, traspasando la titularidad de las acciones que vendió a los compradores demandantes, y las circunstancias financieras adversas que acaecieron posteriormente, agravadas por la crisis económica, determinantes del déficit y la pérdida de capital de "NCG Banco, S.A.", no supone ningún tipo de incumplimiento del contrato de compraventa, puesto que las demandadas no garantizaban el valor de la inversión ni su rentabilidad, según hemos visto ya. Tampoco se omitió por éstas el deber de dar la información relevante y adecuada sobre la situación económica de "NCG Banco, S.A.", como obligación que pudiera estimarse comprendida siquiera implícitamente en la relación contractual, con arreglo a la buena fe (art. 1258 CC), habida cuenta de que en los compromisos de inversión suscritos, lejos de asumir esta entidad algún deber específico o cualificado de información, presupone que los inversores han obtenido asesoramiento externo al respecto, que obviamente estaba a su alcance, y pone a su disposición la oficina de información del propio banco. Como ya ha sido expuesto reiteradamente, carece de trascendencia a estos efectos la falta de información individualizada y personal a cada uno de los inversores de la valoración real de "NCG Banco, S.A.", cuando este dato era un hecho notorio y de público conocimiento, profusamente difundido en los medios, que los actores no podían ignorar, o sobre la cuantía del ajuste contable que sería necesario efectuar y el modo de practicarlo, al ser circunstancias que sólo se concretaron con posterioridad a la compraventa de las acciones, haciéndose por lo demás con total regularidad, de acuerdo con la normativa mercantil y contable, según se desprende igualmente de la prueba pericial y testifical practicadas en el juicio, y así fue aceptado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Lo mismo puede decirse de la información concerniente a la normativa de saneamiento del sector financiero iniciada con el Decreto Ley 2/2012, al margen de la notoriedad de su gestión gubernamental y previsible aprobación, dada la falta de prueba de que el FROB tuviera un conocimiento cierto y preciso de su contenido o consecuencias en el momento de contratar. Estas razones impiden también apreciar la necesaria relación causal entre el perjuicio sufrido por los demandantes, cifrado en el importe íntegro de su inversión, que se busca recuperar por vía indemnizatoria, y la desatención contraria a la buena fe de esas supuestas obligaciones, teniendo en cuenta, además, que la pérdida de valor de las acciones adquiridas vino provocada, como ya hemos señalado repetidamente, no por el referido ajuste contable sino por el proceso de resolución de "NCG Banco, S.A.", tras las nuevas provisiones de capital requeridas, por exigencias de la Unión Europea vinculadas al rescate bancario, en la normativa dictada con posterioridad a los contratos litigiosos y a lo largo del año 2012, que desembocó en la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de Reestructuración y Resolución de Entidades de Crédito.

Las consideraciones expuestas y las propias alegaciones de la demanda hacen improsperable la acción que, subsidiariamente, trata de fundamentarse en la responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana del art. 1902 del Código Civil, ante la ausencia de prueba sobre la conexión causal entre el daño patrimonial cuya reparación se persigue y una conducta activa u omisiva de carácter culposo o negligente, que ahora se pretende ajena a la relación comercial, susceptible de imputarse a las demandadas apelantes, cuando es evidente que la conducta que se les

atribuye, como generadora de responsabilidad, aparece siempre asociada al incumplimiento o vulneración de obligaciones que supuestamente emanan y tienen su causa, directa o indirectamente, en los compromisos de inversión y en los contratos de compraventa de acciones impugnados. En consecuencia, procede estimar los recursos de apelación interpuestos por las partes demandadas y desestimar la demanda en su integridad.

OCTAVO. - La desestimación de la demanda y la consiguiente estimación de los recursos determinan la condena de la parte actora al pago de las costas procesales de la primera instancia, por su vencimiento objetivo (art. 394.1 LEC), y la no especial imposición de las causadas en el recurso (art. 398.2 LEC).

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Revocando la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de A Coruña, recaída en los autos de juicio ordinario núm. 1001/13, y desestimando la demanda interpuesta por METALSHIPS&DOKS, S.A.U, INVERAVANTE INVERSIONES UNIVERSALES S.L., RANEBE 2003, S.L.U, DON Avelino Y DON David contra FONDO DE REESTRUCTURACIÓN ORDENADA BANCARIA (FROB) y NCG BANCO, S.A., debemos absolver y absolvemos a las demandadas de las pretensiones deducidas en la demanda, condenando a la actora al pago de las costas procesales de la primera instancia, sin hacer especial imposición de las causadas en el recurso.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. - Dada y pronunciada fué la anterior resolución por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha de lo que yo letrada de la administración de justicia, doy fe.