



Roj: **STS 579/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:579**

Id Cendoj: **28079110012017100106**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/02/2017**

Nº de Recurso: **1932/2013**

Nº de Resolución: **105/2017**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 1398/2013,**  
**STS 579/2017**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 17 de febrero de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Asturias, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Oviedo. Los recursos fueron interpuestos por la entidad Inmobiliaria LB Oviedo, S.A.U., representada por la procuradora Silvia Casielles Morán. Es parte recurrida la entidad Banco de Sabadell, S.A., representada por la procuradora María Blanca Grande Pesquero.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

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

1. La procuradora Florentina González Rubín, en nombre y representación de la entidad Inmobiliaria L.B. Oviedo, S.A., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Oviedo, contra la entidad Banco de Sabadell, S.A., para que se dictase sentencia:

«estimándola, declarando la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés suscrito entre las partes (sea por haber incurrido al contratarlo en el incumplimiento de normas imperativas, sea por error de los clientes en la manifestación de su voluntad contractual, sea por carecer de causa), con obligación de restituirse recíprocamente todos los pagos efectuados en razón de esas operaciones, lo que dará lugar a condenar a Banco de Sabadell a reintegrar al demandante la cantidades de 53.090,54 ?; los pagos efectuados devengarán intereses legales desde sus respectivas fechas; subsidiariamente, si se entendiese que no hay motivo de nulidad del contrato, se condenará a Banco de Sabadell a resarcir a la actora los daños y perjuicios causados por su negligencia en el seguimiento del contrato en el importe de la liquidación negativa para el cliente, por un importe de 63.421,94 ?; y se impondrán las costas a la demandada».

2. La procuradora María García Bernardo Albornoz, en representación del Banco de Sabadell, S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«por la que se desestime íntegramente la referida demanda, imponiendo las costas a la demandante».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Oviedo dictó sentencia con fecha 27 de julio de 2012, con la siguiente parte dispositiva:



«Fallo: Que debo estimar y estimo, sustancialmente la demanda interpuesta por "Inmobiliaria L.B. Oviedo, S.A." contra Banco de Sabadell, S.A., y en su virtud:

1) Declaro la nulidad de la "confirmación de la operación" de permuta financiera de tipos de interés suscrita por ambas partes el día 30 de enero de 2007, así como la nulidad del "contrato marco de operaciones financieras" de 24 de enero de 2007, con sus dos anexos, y la nulidad de la "solicitud de contratación de producto derivado" de 22 de enero de 2007, de los que la citada "confirmación" trae causa y con los que forma una unidad contractual, por vicio de error en la formación del consentimiento, con obligación de restituir recíprocamente lo percibido por una y otra parte.

2) En consecuencia, y de conformidad con lo razonado en el fundamento jurídico 12º, condeno a "Banco de Sabadell S.A." a pagar a la mercantil actora la cantidad de cincuenta y tres mil noventa con cincuenta y cuatro euros (53.090'54?), suma que devengará, desde el día 7 de julio de 2011, fecha de la reclamación extrajudicial, hasta hoy, el interés legal del dinero, y, desde hoy y hasta el completo pago, ese mismo interés incrementado en dos puntos.

3) Impongo a la parte interpelada todas las costas de este juicio».

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

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Banco de Sabadell, S.A.

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Asturias, mediante sentencia de 6 de mayo de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Se estima el recurso de apelación formulado por Banco de Sabadell, S.A., contra la sentencia de fecha veintisiete de julio de dos mil doce, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número tres de Oviedo, en el Juicio Ordinario 1271/2011. Se revoca la sentencia de instancia.

Se desestima la demanda presentada por Inmobiliaria LB Oviedo SAU, contra Banco de Sabadell S.A., absolviendo a la demandada de los pedimentos contra ella formulada. No se hace especial imposición de costas de la primera instancia, así como tampoco de la apelación ni de la impugnación.

En aplicación del punto octavo de la Disposición adicional decimoquinta de la LOPJ, devuélvase a la recurrente el depósito constituido para apelar».

3. Instada la aclaración de la anterior resolución, la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4.ª, dictó auto de fecha 21 de junio de 2013, con la siguientes parte dispositiva:

«Se estima la solicitud de complemento de sentencia formulada por inmobiliaria LB Oviedo SAU. Se complementa el fallo de la sentencia dictada por este tribunal el seis de mayo de dos mil trece en el rollo de apelación 548/12, dimanante del Juicio Ordinario 1271/2011 del Juzgado de Primera Instancia tres de Oviedo, en el sentido de desestimar la petición deducida de forma subsidiaria por la parte actora Inmobiliaria LB, Oviedo SAU. No se hace especial imposición de costas de este incidente».

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

1. La procuradora Florentina González Rubín, en representación de la entidad Inmobiliaria LB Oviedo S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4.ª.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«1º) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción del art. 1310 en relación con el art. 1261.1º del Código Civil.

2º) Infracción del art. 1311 del Código Civil en relación con la doctrina sobre los actos propios».

2. Por diligencia de ordenación de 26 de julio de 2013, la Audiencia Provincial de Oviedo, sección 4.ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Inmobiliaria LB Oviedo, S.A.U., representada por la procurador Silvia Casielles Morán; y como parte recurrida la entidad Banco de Sabadell, S.A., representada por la procuradora María Blanca Grande Pesquero.



4. Esta sala dictó auto de fecha 21 de septiembre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de entidad Inmobiliaria LB Oviedo, S.A. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 6 de mayo de 2013, por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 4.ª, en el rollo de apelación n.º 548/2012, dimanante del juicio ordinario 1271/2011, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Oviedo».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco de Sabadell, S.A., presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 1 de febrero de 2017, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. *Resumen de antecedentes*

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

Inmobiliaria LB Oviedo, S.A. tenía concertado con Banco Sabadell dos préstamos hipotecarios: uno de fecha 13 de julio de 2004, por un importe de un 1.068.695'67?; y otro de 28 de julio de 2006, por un importe de 1.815.000?. Ambos préstamos estaban sujetos a interés variable, y tenían concertada una cláusula suelo de 3'75%.

Un empleado del Banco Sabadell ofreció al administrador de Inmobiliaria LB Oviedo la contratación de un swap, que fue concertado el 30 de enero de 2007, por un notional de 2.500.000 euros. Unos días antes, el 24 de enero de 2007, las partes habían firmado el COMF en el marco del cual se firmó la confirmación de la permuta financiera de tipos de interés (swap).

Las dos primeras liquidaciones, correspondientes a marzo de 2008 y febrero de 2009, fueron positivas para el cliente por un importe total de 10.331,40 euros. Las posteriores ya fueron negativas, hasta un total de 63.421,94 euros.

Tras la primera liquidación negativa, el administrador de la demandante se dirigió al banco para quejarse. Finalmente, se procedió a ampliar el crédito para hacer frente a las liquidaciones negativas.

2. Una vez concluida la duración del contrato, Inmobiliaria LB Oviedo, S.A. interpuso una demanda de nulidad del contrato de permuta financiera. Para justificar la nulidad adujo una pluralidad de razones: el incumplimiento de los deberes de información impuestos por la normativa MiFID, que habría provocado la nulidad radical ( art. 6.3 CC) y también el error vicio del consentimiento ( art. 1266 CC); y la nulidad por falta de causa. Subsidiariamente, ejercitó una acción de incumplimiento contractual.

3. La sentencia de primera instancia estimó la demanda, al apreciar un defecto de información sobre los elementos esenciales del producto que había provocado el error vicio en el consentimiento. Por ello acordó la nulidad por error vicio y condenó a la entidad demandada a restituir el saldo de las liquidaciones practicadas (53.090,54 euros).

4. Recurrida en apelación la sentencia, la Audiencia estimó el recurso de apelación. La sentencia de apelación, después de confirmar la apreciación del juez de primera instancia de que había habido error en la contratación, entiende que también había existido una posterior confirmación del negocio, pues la acción había sido interpuesta una vez concluida la duración del contrato, y después de que hubiera habido varias liquidaciones anuales negativas. El razonamiento empleado fue el siguiente:

«Comparte el tribunal la valoración realizada por el juez "a quo", en el fundamento de derecho décimo al considerar el error en el que incide el demandante cuando concierta el contrato, ahora bien, como ya se dijo en sentencias de este tribunal de 8 de enero de 2.013 , 13 de febrero de 2.013 , entre otras, el error se trata de un vicio del consentimiento que implica no la nulidad del contrato sino su anulabilidad. El contrato existe al concurrir los requisitos exigidos en el artículo 1.261 del Código Civil, si bien uno de ellos, el consentimiento, viciado, y por ende susceptible de subsanarse, bien por el mero transcurso del tiempo, cuatro años desde que se conoce y no se hace valer o bien por una actuación expresa o tácita de quien lo sufre, que evidencie su voluntad de mantener el contrato, el cual queda convalidado desde el momento de su concertación. En el caso de autos la entidad demandante en noviembre de 2.009 era consciente del error cometido, sólo así se justifica la remisión de la carta a la entidad bancaria solicitando explicaciones.

»Conocida la liquidación negativa solicita una ampliación del préstamo para poderla abonar y la paga, no siendo hasta julio del año 2.011 y una vez extinguido el contrato que evacua reclamación invocando su nulidad,



una vez que conocido el error en el que incide había dado cumplimiento voluntario al contrato, convalidándole. Actuación voluntaria y contra la que no puede ir ahora (...)».

5. Frente a la sentencia de apelación, Inmobiliaria LB Oviedo, S.A. interpone recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de un motivo, y recurso de casación, articulado en dos motivos.

#### **SEGUNDO. Recurso extraordinario por infracción procesal**

1. *Formulación del motivo.* El motivo se ampara en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC, y denuncia una valoración de la prueba arbitraria y absurda, lo que da lugar a la vulneración del art. 24 CE.

La valoración se halla contenida en una parte del argumento transcrito antes:

«En el caso de autos la entidad demandante en noviembre de 2.009 era consciente del error cometido, sólo así se justifica la remisión de la carta a la entidad bancaria solicitando explicaciones».

La arbitrariedad o el error notorio radican en que no existe esa carta, pues no ha sido aportada a los autos.

Según el recurso, la relevancia de esta errónea o arbitraria interpretación se aprecia porque sobre este hecho que se declara probado, la sentencia de apelación «construye la base de la estimación del recurso formulado por el banco apelante, de tal manera que ese hecho, irreal, determina el sentido del fallo».

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación del motivo.* Como hemos recordado en otras ocasiones, por ejemplo en la sentencia 326/2012, de 30 de mayo, «la valoración de la prueba es función de instancia, y tan sólo cabe, excepcionalmente, justificar un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4º del art. 469.1 LEC, en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva ( sentencias 432/2009, de 17 de junio; 196/2010, de 13 de abril; 495/2009, de 8 de julio y 211/2010, de 30 de marzo)».

Aunque es cierto que no consta aportada a los autos esa carta, esta circunstancia carece de relevancia en la apreciación de la convalidación del contrato. Conforme a la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, lo relevante es que en un momento determinado, después de la primera liquidación negativa, el administrador de la demandante se dirige al banco para quejarse, tal y como la propia demanda reconoce al explicar lo ocurrido. Y es entonces cuando la demandante, bajo la lógica de la argumentación de la sentencia recurrida, pudo caer en la cuenta de los riesgos del producto y por lo tanto del error. Lo que determina la convalidación para el tribunal de apelación es que la demandante consintiera en que concluyera el contrato y en hacer frente a las liquidaciones negativas, para lo cual pidió la ampliación del préstamo.

En consecuencia no se cumple con el requisito de que el error o la arbitrariedad en la valoración de la prueba hayan ocasionado indefensión. Razón por la cual, desestimamos el motivo.

#### **TERCERO. Recurso de casación**

1. *Formulación de los motivos.* Ambos motivos impugnan el pronunciamiento que aprecia la confirmación del contrato de swap afectado por el error vicio del consentimiento.

El *motivo primero* denuncia la infracción del art. 1310 CC en relación con el art. 1261.1 CC. Después de exponer las sentencias de contraste, el recurrente razona que el motivo se funda en que no procedía la convalidación porque la nulidad del negocio es radical, en virtud del art. 6.3 CC, y esa clase de nulidad no admite convalidación.

El *motivo segundo* denuncia la infracción del art. 1311 CC, «en cuanto que no ha habido ningún acto propio de confirmación, tácita del contrato, mucho menos acto alguno realizado con conocimiento de la causa de nulidad inicial».

Procede desestimar el motivo primero y estimar el motivo segundo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación del motivo primero.* El motivo debe desestimarse por dos razones, que exponemos de forma muy sintética.

La sentencia de primera instancia no declara la nulidad radical del contrato de swap, al amparo del art. 6.3 CC, y como consecuencia del incumplimiento de los deberes legales de información previstos en el art. 79bis LMV. Si hubiera sido así, tendría razón el motivo, porque la nulidad radical o absoluta no admite convalidación. La convalidación está prevista en nuestro derecho para los contratos que adolecen de un vicio de anulabilidad, conforme a lo previsto en el art. 1310 CC.



La sentencia ha declarado la nulidad del contrato de swap por la concurrencia de un error vicio del consentimiento, regulado en el art. 1266 CC, y en esos casos sí que se admite la convalidación o confirmación del contrato, siempre que se cumplan los requisitos legales.

El recurso hubiera tenido que haber denunciado como infringidos los preceptos relativos a la nulidad absoluta, al no haber sido apreciada por la sentencia de instancia. Lo cual, a su vez, hubiera sido desestimado, pues existe una jurisprudencia consolidada de esta sala de que el incumplimiento de los deberes de información previstos en el art. 79bis LMV no provoca la nulidad absoluta del contrato de permuta financiera, sin perjuicio de su incidencia en un eventual error vicio ( sentencias 716/2014, de 15 de diciembre, y 380/2016, de 3 de junio).

### **3. Estimación del motivo segundo. Jurisprudencia sobre la confirmación del contrato que adolece de un vicio de anulabilidad**

La jurisprudencia sobre la confirmación de los contratos de permuta financiera viciados por error en el consentimiento ha sido compendiada en la reciente sentencia 691/2016, de 23 de noviembre.

En esta sentencia se hace una primera remisión a la doctrina general contenida en las sentencias 19/2016, de 3 de febrero, y 503/2016, de 19 de julio:

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

»Además, existiendo error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que la recurrente hubiese subsanado dicho vicio del consentimiento mediante la confirmación del negocio con sus propios actos, por la simple razón de que un acto propio vinculante del que derive un actuar posterior incompatible, requiere un pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica, que aquí no concurre, ya que el conocimiento íntegro del riesgo asumido se adquiere cuando las liquidaciones devienen negativas y se informa del concreto importe de la cancelación de los contratos. Por el hecho de recibir unas liquidaciones positivas por parte de la entidad financiera en la cuenta corriente del cliente, o por no formular la demanda hasta que se agotó el plazo de duración contractual pactado, no se está realizando voluntariamente ningún acto volitivo que suponga indudable o inequívocamente la decisión de renunciar al ejercicio de la acción de nulidad, toda vez que para poder tener voluntad de renunciar a la acción derivada de error consensual, es preciso tener conocimiento claro y preciso del alcance de dicho error, lo cual no se ha producido en el momento de recibir las liquidaciones positivas, pues el cliente piensa que el contrato por el que se garantizaba que no le subirían los tipos de interés, está desplegando sus efectos reales y esperados, y por lo tanto no es consciente del error padecido en ese momento. Ni tampoco cuando se cumple el contrato en sus propios términos, para no dar lugar a una resolución por incumplimiento a instancia de la parte contraria. No resultando, pues, de aplicación la doctrina de los actos propios y los artículos 7.1, 1.310, 1.311 y 1.313 CC».

La sentencia 691/2016, de 23 de noviembre, también recuerda que la «confirmación tácita solo puede tener lugar cuando se ejecuta el acto anulable con conocimiento del vicio que le afecta y habiendo cesado éste, según establece inequívocamente el artículo 1.311 del Código Civil». Y citaba la sentencia 924/1998, de 14 de octubre, al tratar un pretendido consentimiento *ex post*:

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

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

Por otra parte, no podemos perder de vista que, como hemos declarado en otras ocasiones, «[l]a confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración» ( sentencias 535/2015, de 15 de octubre, y 691/2016, de 23 de noviembre).



De acuerdo con esta doctrina, en un supuesto similar al presente, pues el cliente ejercitó la demanda de nulidad por error vicio después de que hubiera dado cumplimiento al contrato, en la citada sentencia 691/2016, de 23 de noviembre, concluimos que no había habido confirmación con un razonamiento que es aplicable en el presente caso:

«Que la recurrente tuviera voluntad cumplidora y, sin perjuicio de ello, una vez agotado el contrato y apercibida del error vicio, ejercitara la acción de nulidad, no puede volverse en su contra para considerar que tales actuaciones tuvieron como finalidad y efecto la confirmación del contrato viciado. Antes al contrario, lo que evidencia es la buena fe contractual de la demandante y su voluntad de no convalidar el consentimiento erróneamente prestado.

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

Tampoco en el presente caso cabía inferir una confirmación del contrato viciado por error en el consentimiento, de la circunstancia de que hubiera esperado para ejercitar la acción a la terminación del contrato y que hubiera asumido varias liquidaciones negativas. Como concluimos en el precedente citado, del comportamiento seguido por el cliente no cabe concluir que pretendiera convalidar el consentimiento erróneamente prestado.

En consecuencia, procede estimar el motivo, casar la sentencia y, al asumir la instancia, desestimar la apelación y confirmar la sentencia de primera instancia. Conviene advertir que la sentencia de apelación confirmó la concurrencia del error vicio, derivado de la falta de acreditación del cumplimiento de los deberes de información, y que si desestimó la demanda fue por haber advertido la confirmación del negocio afectado por ese vicio de anulabilidad, lo que acabamos de razonar que no procedía.

#### **CUARTO. Costas**

1. Desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal, procede imponer a la parte recurrente las costas generadas por su recurso ( art. 398.1 LEC).
2. Estimado el recurso de casación, no hacemos expresa condena de las costas ocasionadas con este recurso ( art. 398.2 LEC).
3. Desestimado íntegramente el recurso de apelación formulado por Banco Sabadell, S.A., imponemos a la apelante las costas de su recurso ( art. 398.2 LEC).

#### **FALLO**

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

**1.º-** Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Inmobiliaria LB Oviedo, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (sección 4ª) de 6 de mayo de 2013 (rollo 548/2012), con imposición de las costas a la parte recurrente **2.º-** Estimar el recurso de casación interpuesto por Inmobiliaria LB Oviedo, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (sección 4ª) de 6 de mayo de 2013 (rollo 548/2012), que dejamos sin efecto, sin hacer expresa condena en costas. **3.º-** Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Banco Sabadell, S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Oviedo de 27 de julio de 2012 (juicio ordinario 1271/2011), cuya parte dispositiva confirmamos, con imposición de las costas de la apelación a la parte apelante. Y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.