



Roj: **STS 2154/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2154**

Id Cendoj: **28079110012017100332**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **31/05/2017**

Nº de Recurso: **2865/2014**

Nº de Resolución: **342/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 1879/2014,**
STS 2154/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 31 de mayo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Asturias, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 12/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Mieres, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Virgilio , representado ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña Laura Pernas Delgado; siendo parte recurrida Banco Bilbao Argentaria S.A. (BVA), representado por la Procuradora de los Tribunales doña Alicia Oliva Collar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.º- La procuradora doña Nuria Alvarez Rueda, en nombre y representación de don Virgilio , interpuso demanda de juicio ordinario, contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

« **1)** La nulidad de los contratos denominados.

»a) CONTRATO SOBRE COBERTURA DE TIPOS DE INTERÉS. STOCKPYME II TIPO FIJO (Ref. 13/0608/21534) que se formaliza fecha de 18 DE FEBRERO DE 2008, con fecha de inicio 6 de Junio 2008 y fecha de vencimiento 8 de marzo de 2012, siendo su importe Nominal de 100.000?. Suscrito por D. Virgilio , en calidad de persona física.

»b) CONTRATO SOBRE COBERTURA DE TIPOS DE INTERES STOCKPYME II TIPO FIJO (Ref. 13/0608/21548) que se formaliza en fecha de 18 FEBRERO DE 2008, con fecha de inicio 6 de junio de 2008 y fecha de vencimiento 6 de marzo de 2012, siendo su Importe Nominal de 120.000 ? este contrato fue suscrito por la entidad mercantil ARRANZ ARROYO S.L consecuencia directa de la anterior declaración, se condene a la entidad Banco Bilbao Argentaria S.A. (BVA), a pagar a mis representados la cantidad de 8.654,25 ? a D. Virgilio y de 10.385,08 ? a la entidad ARRANZ ARROYO S.L. más los intereses devengados sobre dicha cantidad, desde que fuera cobrada indebidamente, cantidad que nace de la suma de las liquidaciones negativas soportadas por los patrocinados hasta el momento presente, minoradas en las positivas percibidas.

«todo ello con imposición expresa de las costas a la parte contraria».

2.º - La procuradora doña Maria Paz López Alvarez, en nombre y representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., presentó declinatoria de jurisdicción, tras la cual por auto de la Audiencia Provincial de Asturias



Sección 6.ª de uno de julio de 2013 , se acordó estimar parcialmente la misma respecto de la mercantil Arranz Arroyo S.L. desestimándose respecto a la otra parte actora don Virgilio . Una vez lo anterior la parte demandada presentó escrito de contestación a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«se desestime la misma con imposición de costas a la parte actora».

SEGUNDO.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Mieres, dictó sentencia con fecha 25 de abril de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«1) Estimar la demanda interpuesta por la procuradora de los tribunales, Doña Nuria Alvarez Rueda, en nombre y representación de D. Virgilio .

»2) Declarar la nulidad del contrato sobre Cobertura de Tipos de Interés Stockpyme II Tipo Fijo (ref. 13/0608/21534), celebrado entre el actor y el BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A el 18 de febrero de 2008.

»3) Condenar al BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A a abonar al actor 8.654'25 euros, con los intereses previstos en el FUNDAMENTO DE DERECHO SEPTIMO de la presente resolución.

»Condenar al BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A a abonar las costas del presente procedimiento»

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. La Sección cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo, dictó sentencia con fecha 16 de julio de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«SE ESTIMAR EL RECURSO DE APELACIÓN FORMULADO POR BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. contra la sentencia de fecha veinticinco de abril de dos mil catorce, dictada por el Juzgado de primera Instancia tres de Mieres, en el Juicio Ordinario 12/2013. Se revoca la sentencia de instancia.

»SE DESESTIMA LA DEMANDA PRESENTADA POR DON Virgilio , contra el BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A, absolviendo a la demandada de los pedimentos con ella formulados. Sin hacer especial pronunciamiento de las costas devengadas en ambas instancias».

CUARTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación de don Virgilio , con apoyo en el siguiente: Motivo. Único.- Al amparo del ordinal tercero del art. 477.2. LEC al no superar la cuantía del procedimiento los 600.000 euros. Cita los artículos 1266 CC , los artículos 78 bis de la Ley 24/1988. de 28 de julio del Mercado de Valores y los artículos 72 y 73 del RD 217/2008, de 15 de febrero , relativos a la incorrecta aplicación de la norma reguladora del mercado de valores.

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por auto de fecha 20 de julio de 2016 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

SEXTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Alicia Oliva Collar, en nombre y representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., presentó escrito de impugnación al mismo.

SÉPTIMO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 16 de Mayo de 2017, en que tuvo lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don Virgilio interesa la nulidad del contrato "Stockpyme II Tipo Fijo", que en fecha 18 de febrero de 2.008 concertó con la entidad bancaria demandada, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., y que se extinguió por el transcurso del plazo pactado, el 18 de febrero de 2.012.

Se interesa la nulidad por la existencia de un vicio esencial del consentimiento, error invencible, al tiempo de su concertación, al no haberle facilitado la entidad bancaria, con antelación a su suscripción, la información suficiente, clara, precisa, detallada, que le permitiera conocer el alcance del producto financiero que concertaba, su complejidad, mecánica operativa y riesgo contractual que asumía. También apunta como motivo de nulidad la inexistencia de causa.

La sentencia del juzgado acoge las pretensiones del demandante y declara «la nulidad del contrato sobre Cobertura de Tipos de Interés Stockpyme II Tipo Fijo (ref 13/0608/21534), celebrado entre el actor y el BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. el 18 de febrero de 2.008» y condena «al BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A, a abonar al actor 8.654'25 euros con los intereses previstos en el fundamento de derecho



«séptimo de las sentencias»; nulidad que se produce por haber concurrido vicio en el consentimiento propiciado por la falta de información proporcionada por la entidad bancaria.

La sentencia de apelación estima el recurso formulado por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. Admite la Audiencia que, efectivamente, el banco no cumplió con sus obligaciones de información pero, sin embargo, entiende que el contrato anulable quedó confirmado por la actitud pasiva de la parte actora que sufrió las liquidaciones negativas del contrato sin formular queja ni reclamación alguna al banco y que esperó dos meses desde el vencimiento del contrato para formular la primera reclamación extrajudicial de la que tiene noticia el banco.

Don Virgilio ha formulado recurso de casación.

SEGUNDO.- El recurso se articula en un motivo único en el que se invoca el interés casacional y se realizan alegaciones sobre el verdadero significado del deber de información en la fase precontractual y se invoca la doctrina de los actos propios. El interés casacional se sustenta, tanto en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las audiencias sobre los efectos que la percepción de liquidaciones negativas tiene en la confirmación del contrato, como en la oposición a la doctrina de esta sala sobre la citada doctrina, entendiéndose la recurrente que no estamos ante un acto inequívoco que reúna los requisitos exigidos por la jurisprudencia. Cita el artículo 1266 del CC, los artículos 78 bis y 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores y los artículos 72 y 73 del RD 217/2008, de 15 de febrero, relativo a la incorrecta aplicación de la norma reguladora del mercado de valores.

El motivo se estima no sin precisar que, a pesar de una mejorable técnica casacional, el recurso no discurre al margen de los hechos probados, sino de una incorrecta calificación jurídica sobre el valor que con arreglo a la doctrina de la sala tienen las liquidaciones negativas que se estaban cargando al demandante y los actos consiguientes de reclamación al banco o de su posible cancelación.

La sentencia basa su decisión estimatoria de la apelación y desestimatoria de la demanda en el hecho de que el cliente mantuvo una actitud pasiva ante los efectos negativos del swap y que este comportamiento puede ser entendido como un acto de confirmación tácita del contrato anulable, lo que resulta contradictorio con la doctrina de esta Sala y que ha sido resumido por las sentencias 19/2016, de 3 de febrero, 503/2016, de 19 de julio, 691/2016, de 23 de noviembre y 175/2017, 13 de marzo, sobre la confirmación de los contratos de permuta financiera viciados por error en el consentimiento:

1.- «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.»

2.- En relación con la sentencia 691/2016, de 23 de noviembre, también recordaba 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 ausencia, 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, más en tanto no se haya consumado la prescripción o la caducidad de acciones, siempre será posible la impugnación del acto por vía legal».

3.- En las sentencias 535/2015, de 15 de octubre, y 691/2016, de 23 de noviembre, se ha dicho que:

«(l)a confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración».

De acuerdo con esta doctrina, en un supuesto en que el cliente ejerció 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 el siguiente razonamiento:

«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 ».

4.- Razones por las cuales no cabe considerar que en este caso se produjera una confirmación del contrato que sanara su anulabilidad. Lo que debe conducir a la estimación del recurso de casación; y con desestimación del recurso de apelación interpuesto por Banco Bilbao-Vizcaya Argentaria, S.A. contra la sentencia de primera instancia, debe confirmarse la misma.

TERCERO. - De conformidad con lo previsto en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se hace especial pronunciamiento de las costas de este recurso y se imponen a la demandada las originadas en ambas instancias.

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

esta sala ha decidido

1º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Virgilio, contra la sentencia de fecha 16 de julio 2014, dictada por la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4.ª, en el recurso de apelación núm. 266/2014. **2º-** Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por la parte ahora recurrida, Banco Bilbao-Vizcaya Argentaria, S.A, contra la sentencia dictada por el juzgado de 1.ª instancia n.ª 3 de Mieres, en autos de juicio ordinario 12/2013, que se mantiene en su integridad. **3º-** Imponer a Banco Bilbao-Vizcaya Argentaria, S.A, las costas causadas en la 1.ª instancia y en apelación, y no hacer especial declaración sobre las del recurso de casación. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.