



Roj: **STS 3842/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:3842**

Id Cendoj: **28079110012016100501**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/07/2016**

Nº de Recurso: **873/2013**

Nº de Resolución: **503/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 368/2013,**  
**STS 3842/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 19 de julio de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Obdulio y D.<sup>a</sup> María Rosario , representados por la procuradora D.<sup>a</sup> Silvia Casielles Morán, bajo la dirección letrada de D. José Antonio Ballesteros Garrido; contra la sentencia número 52, dictada el 13 de febrero de 2013, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo, en el recurso de apelación núm. 20/2013 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 339/2012, del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Oviedo. Ha sido parte recurrida Banco de Sabadell, S.A., representado por la procuradora D<sup>a</sup> Blanca María Grande Pesquero y bajo la dirección letrada de D. Cristian J. Bassas Serra.

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

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

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

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> Florentina González Rubín, en nombre y representación de D. Obdulio y D.<sup>a</sup> María Rosario , interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco de Sabadell S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«estimándola y declarando la nulidad del contrato marco de operaciones financieras y la confirmaciones de operación de permuta financiera de tipos de interés suscritos por Obdulio con el Banco, lo que dará lugar a la obligación de reintegrar todas las cantidades pagadas en ejecución del mismo, por lo que Banco de Sabadell deberá devolver 25.307,03 ? al actor, con los intereses legales desde la fecha de cada pago.

Subsidiariamente, condenará a Banco de Sabadell a resarcir al demandante por los perjuicios generados por su negligencia al no recomendarle la cancelación de dicha operación tras desencadenarse en Europa la crisis económica en septiembre de 2008, lo que supondrá el pago de una indemnización de 25.391,36?, con intereses legales desde la fecha de esta demanda. Y se condenará encostas a Banco de Sabadell.

Además se declarará la nulidad del préstamo hipotecario concedido a Obdulio y María Rosario en escritura de 13 de enero de 2010, con condena al Banco a reintegrarles el importe de la comisión e intereses que le ha cobrado, por un importe hasta la fecha de la demanda de 1.215,29 ?, más los que se devenguen hasta su definitiva cancelación; y a resarcirles del resto de gastos que les ha originado la formalización de este préstamo, por importe de 1.616,49 ?.»

2.- La demanda fue presentada el 20 de abril de 2012 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Oviedo, fue registrada con el núm.339/2012 . Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.



3.- La procuradora D.<sup>a</sup> María García Bernardo Albornoz, en representación de Banco de Sabadell S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

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

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Oviedo dictó sentencia núm. 234/2012, de 20 de noviembre, con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Estimando íntegramente la demanda formulada por el procurador de los Tribunales doña Florentina González Rubín, en nombre y representación de don Obdulio contra Banco de Sabadell S.A., debo declarar y declaro la nulidad del contrato marco de operaciones financieras y de confirmación de contrato de permuta financiera de tipos de interés de fecha 2 y 4 de junio de 2008, que unían a ambas partes, con los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento y con condena a la restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto de los mismos. Igualmente, se declara la nulidad del préstamo con garantía hipotecaria de 13 de enero de 2010, con condena a la restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto de los mismos, condenando igualmente a la demandada al pago de 1.616,49 euros, junto con los intereses desde la interposición de la demanda.

Todo ello con expresa imposición a la demandad de las costas procesales causadas».

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

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

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo, que lo tramitó con el número de rollo 20/2013 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia, de 13 de febrero de 2013, cuya parte dispositiva dice:

«FALLAMOS: Estimar el recurso de apelación interpuesto por el Banco de Sabadell S.A. frente a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de los de Oviedo en autos de juicio ordinario seguidos con el n.º 339/12, la que revocamos y, en su lugar desestimamos íntegramente la demanda interpuesta por D. Obdulio y Doña María Rosario frente a dicha recurrente.

No se hace expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias».

**TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> Florentina González Rubín, en representación de D. Obdulio y de D.<sup>a</sup> María Rosario, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero y Segundo.- Al amparo del art. 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil ».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 4 de abril de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Obdulio y D.<sup>a</sup> María Rosario contra la sentencia dictada, el 13 de febrero de 2013, por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 4ª, en el rollo de apelación n.º 20/2013, dimanante del juicio ordinario n.º 339/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Oviedo».

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

4.- Por providencia de 27 de mayo de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 13 de julio de 2016, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

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



- 1.- El 23 de marzo de 2007, D. Obdulio y Dña. María Rosario suscribieron con Banco de Sabadell, S.A. un contrato de préstamo hipotecario, por importe de 219.027,93 €, para la construcción de una vivienda unifamiliar.
- 2.- El 4 de junio de 2008, el Sr. Obdulio suscribió con la misma entidad financiera un contrato marco de operaciones financieras, CMOF, y un contrato denominado «solicitud de contratación de producto derivado», con un nominal de 220.000 €, fecha de inicio 30 de junio de 2008, fecha de vencimiento 29 de junio de 2012 y frecuencia de liquidación trimestral.
- 3.- Durante la vigencia del producto, hubo liquidaciones trimestrales favorables al cliente por importe total de 168,66 € y liquidaciones favorables a la entidad financiera por importe total de 7.375,69 €.
- 4.- Ante los costes que iban teniendo las liquidaciones negativas, los clientes optaron por la cancelación anticipada del producto, lo que les supuso un importe de 18.100 €, que sufragaron mediante la concesión por la propia entidad de un nuevo préstamo hipotecario, por importe de 21.000 €, el 13 de enero de 2010.
- 5.- Los Sres. Obdulio y María Rosario formularon una demanda contra Banco de Sabadell, S.A., en la que solicitaban la nulidad del CMOF y del contrato de swap por error vicio del consentimiento. Tras la oposición de la demandada, el juzgado dictó sentencia en la que consideró resumidamente que había existido un déficit de información por parte del banco que había provocado el error en el consentimiento de los clientes; así como que la cancelación del producto no había supuesto una transacción que confirmara el consentimiento viciado, sino que había sido una mera liquidación, firmada por los clientes ante la situación de angustia que les había supuesto la posibilidad de incurrir en insolvencia.
- 6.- Interpuesto recurso de apelación por la entidad bancaria, fue estimado por la Audiencia Provincial, por considerar que la liquidación del contrato mediante el abono del coste de su cancelación anticipada, aunque no tenía el carácter legal de transacción, había supuesto la confirmación del consentimiento. Como consecuencia de lo cual, al estimar el recurso de apelación, desestimó la demanda.

**SEGUNDO.-** *Recurso de casación. Primer motivo. Confirmación de los contratos viciados de nulidad por error en el consentimiento.*

- 1.- Los Sres. Obdulio y María Rosario interpusieron recurso de casación contra dicha sentencia, al amparo del art. 477.2.3º LEC, basado en dos motivos. En el primero, se aduce que la cancelación anticipada de un contrato de permuta financiera para evitar una situación de descubierto o insolvencia ocasionada por los sucesivos vencimientos periódicos negativos, no constituye por sí misma un acto propio de convalidación de los vicios de nulidad por error que pudieran afectar a la contratación inicial si no consta una voluntad clara e inequívoca en tal sentido.
- 2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que el art. 1.311 CC exige que los actos confirmatorios deben mostrar una voluntad clara, expresa y concluyente de crear, modificar o extinguir algún derecho; y deben revelar la voluntad expresa o tácita, deducible del carácter inequívoco de esos actos, de que su autor quede vinculado por la situación jurídica que crean. Lo que no sucede en este caso, puesto que la cancelación anticipada no implica la voluntad de renunciar a ejercitar la acción de nulidad contractual, sino que únicamente tiene como finalidad evitar las consecuencias lesivas para el patrimonio de los clientes que se estaban produciendo como consecuencia de las liquidaciones trimestrales negativas.

**TERCERO.-** *Decisión de la Sala. Inexistencia de confirmación.*

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

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

Existiendo error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que los recurrentes hubiesen subsanado dicho vicio del consentimiento mediante la confirmación del negocio con sus propios actos, por la simple razón de que un acto propio vinculante del que derive un actuar posterior incompatible, requiere un pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica, que aquí no concurre, ya que el conocimiento íntegro del riesgo asumido se adquiere cuando las liquidaciones devienen negativas y se informa del concreto importe de la cancelación de los contratos. Por el hecho de recibir unas liquidaciones positivas por parte de



la entidad financiera en la cuenta corriente del cliente, o por cancelar anticipadamente el producto ante el riesgo cierto de que tal situación se vaya agravando y suponga un importante quebranto económico, no se está realizando voluntariamente ningún acto volitivo que suponga indudable o inequívocamente la decisión de renunciar al ejercicio de la acción de nulidad. Para poder tener voluntad de renunciar a la acción de nulidad derivada de error consensual, es preciso tener conocimiento claro y preciso del alcance de dicho error, lo cual no se ha producido en el momento de recibir las liquidaciones positivas, pues el cliente piensa que el contrato por el que se garantizaba que no le subirían los tipos de interés, está desplegando sus efectos reales y esperados, y por lo tanto no es consciente del error padecido en ese momento. Ni tampoco cuando se decide cancelar anticipadamente el contrato para poner fin a la sangría económica que suponen las sucesivas liquidaciones negativas. No resultando, pues, de aplicación la doctrina de los actos propios y los artículos 7.1 , 1.310 , 1.311 y 1.313 CC .

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

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

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

**3.-** Hemos dicho en la sentencia 535/2015, de 15 de octubre , al resolver un recurso de casación muy similar a éste, 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».

Cierto es que en este caso se canceló anticipadamente el contrato, para lo que se obtuvo un nuevo préstamo hipotecario de la misma entidad, para sufragar su elevado coste, pero ello no tuvo como finalidad ni efecto la confirmación del contrato viciado, sino que únicamente se hizo para enjugar el riesgo de insolvencia que se cernía sobre los clientes si se seguían produciendo liquidaciones negativas (en este sentido, sentencia de esta Sala núm. 57/2016, de 12 de febrero ).

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 de este primer motivo de casación; y con desestimación del recurso de apelación interpuesto por Banco de Sabadell, S.A. contra la sentencia de primera instancia, se confirma la misma.

#### **CUARTO.-** Costas y depósitos.

**1.-** La estimación del recurso de casación supone desestimación del recurso de apelación, por lo que deben imponerse a Banco de Sabadell, S.A. las costas causadas por éste, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1 LEC . Mientras que no procede hacer expresa imposición de las causadas por el recurso de casación, según determina el artículo 398.2 de la misma Ley .

**2.-** Procede acordar también la devolución del depósito constituido para el recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, LOPJ .

#### **FALLO**

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

**1.º-** Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Obdulio y Dña. María Rosario contra la sentencia de fecha 13 de febrero de 2013, dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 4ª, en el recurso de apelación núm. 20/2013 . **2.º-** Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y



en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por Banco de Sabadell, S.A. contra la sentencia núm. 234/2012, de 20 de noviembre de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Oviedo, en el juicio ordinario núm. 339/2012, que confirmamos íntegramente. **3.º**- Imponer a Banco de Sabadell, S.A. las costas del recurso de apelación. **4.º**- No haber lugar a la imposición de las costas causadas por el recurso de casación. **5.º**- Ordenar la devolución del depósito constituido para el recurso de casación. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala. Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ