



Roj: **STS 974/2017 - ECLI:ES:TS:2017:974**

Id Cendoj: **28079110012017100173**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/03/2017**

Nº de Recurso: **1050/2014**

Nº de Resolución: **175/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP NA 1359/2013,**
STS 974/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 13 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Navarra, sección 3.ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Tudela. El recurso fue interpuesto por Jon , representado por el procurador Emilio García Guillén. Es parte recurrida la entidad Caixabank, S.A., representada por el procurador Miguel Ángel Montero Reiter. Autos en los que también han sido parte Remigio , Carlos José , Alfonso , Cornelio , Genaro , Manuel y Santos , que no se han personado ante este **Tribunal Supremo**.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. La procuradora María Mercedes González Martínez, en nombre y representación Remigio , Carlos José , Jon , Alfonso , Cornelio , Genaro , Manuel y Santos , interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Tudela, contra la entidad Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (La Caixa), para que se dictase sentencia:

«en la que proceda a:

1) Declarar:

1.1) Nulo el contrato de permuta financiera de intereses exclusivamente para consumidores, y en su caso la posterior cancelación, suscrito con:

Don Remigio

Don Carlos José .

Don Jon .

Don Alfonso .

Don Cornelio .

Don Genaro .

Don Manuel .



Don Santos .

2) Condenar a "La Caixa":

2.1) A estar y pasar por esa declaración.

2.2) A abonar a:

2.2.1) Don Remigio la cantidad de 8.577,40 ? y en su caso las que siga abonando en virtud de dicho contrato una vez presentada la demanda hasta el momento de que se dicte Sentencia.

2.2.2) Don Carlos José la cantidad de 12.671,29 ? correspondientes a la suma de las liquidaciones abonadas, y el coste de cancelación del contrato.

2.2.3) Don Jon la cantidad de 4.601,86 ? correspondientes a la suma de las liquidaciones abonadas, y el coste de cancelación del contrato.

2.2.4) Don Alfonso la cantidad de 32.948,26 ? y en su caso las que siga abonando en virtud de dicho contrato desde la interposición de la demanda hasta el momento de que se dicte Sentencia.

2.2.5) Don Cornelio la cantidad de 8.822,77 ?, y en su caso las que siga abonando en virtud de dicho contrato desde la interposición de la demanda hasta el momento de que se dicte Sentencia.

2.2.6) Don Genaro la cantidad de 12.272,71 ?, y en su caso las que siga abonando en virtud de dicho contrato desde la interposición de la demanda hasta el momento de que se dicte Sentencia.

2.2.7) Don Manuel la cantidad de 19.525,37, y en su caso las que siga abonando en virtud de dicho contrato desde la interposición de la demanda hasta el momento en que se dicte Sentencia.

2.2.8) Don Santos la cantidad de 5.239,49 ?, y en su caso las que siga abonando en virtud de dicho contrato desde la interposición de la demanda hasta el momento de que se dicte Sentencia.

Todo ello con expresa condena en costas a la parte actora, más los intereses legales».

2. El procurador Ignacio Hualde Garde, en representación de la entidad Caixabank (antigua Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona), contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«por la que se desestime en su totalidad la demanda instada de contrario, con expresa condena en costas de los demandantes al pago de las costas de este procedimiento»

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Tudela dictó sentencia con fecha 25 de mayo de 2012, con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Estimando la demanda interpuesta por Don Remigio , Don Carlos José , Don Jon , Don Alfonso , Don Cornelio , Don Genaro , Don Manuel , y Don Santos , representados por el Procurador Sra. Martínez, contra Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (La Caixa), representado por el procurador Sr. Hualde, debo:

1.- Absolver y absuelvo a la demandada de los pedimentos deducidos en su contra por Don Remigio , Don Carlos José , Don Alfonso , Don Cornelio , Don Genaro , Don Manuel , sin hacer expresa imposición de las costas causadas.

2.- Debo declarar y declaro la nulidad de los contratos permuta financiera de intereses para consumidores, y su cancelación suscrito por Don Jon , y debo declarar y declaro la nulidad de los contratos permuta financiera de intereses para consumidores, suscrito por Don Santos .

3.- Debo condenar y condeno a la demandada a estar y pasar dichas declaraciones y a abonar a Don Jon la suma de cuatro mil seiscientos un euro con ochenta y seis centímetros (4.601,86 euros) y a Don Santos la suma de cinco mil doscientos treinta y nueve euros con cuarenta y nueve céntimos (5.239,49 euros), más las cantidades que hayan sido abonadas en virtud de dicho contrato desde la fecha de la interposición de la demanda y hasta la fecha de la presente resolución, más los intereses. Con imposición a la demandada de las costas causadas».

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

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

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Navarra, mediante sentencia 20 de septiembre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Caixa Bank, S.A. frente a la acción ejercitada por D. Jon y desestimando el interpuesto frente a Santos , revocamos



parcialmente el fallo de la sentencia 83/2012 de 25 de mayo dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Tudela en el juicio ordinario 636/2011.

Del ordinal nº 2 y 3 del fallo dejamos sin efecto la declaración de nulidad de permuta financiera de intereses y su cancelación suscrito por D. Jon con la entidad demandada, dejando sin efecto la condena que se hace a la demanda (sic) de pagar a D. Jon la suma de cuatro mil seiscientos un euro con ochenta y seis céntimos (4.601,86 euros).

Desestimamos la demanda interpuesta por D. Jon frente a la entidad Caixa Bank, S.A., La Caixa, imponiendo las costas de esta acción al actor.

El resto del fallo apelado queda subsistente e inalterable en todo lo no modificado por el presente.

Las costas procesales causadas en esta instancia frente al recurso de apelación desestimado frente a D. Santos se imponen a la parte apelante, sin que proceda condena respecto de las causadas en esta instancia por el recurso estimado frente a D. Jon ».

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. El procurador Javier Araiz Rodríguez, en representación de Jon , interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Navarra, sección 3.ª.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción, por aplicación indebida, de los artículos 1309, 1310 y 1311 en relación con el artículo 1266 del Código Civil».

2º) Infracción, por aplicación indebida, de los artículos 1309, 1310 y 1311 en relación con el artículo 1266 del Código Civil».

3º) Infracción, por aplicación indebida, de los artículos 1309, 1310 y 1311 en relación con el artículo 1266 del Código Civil. E inaplicación, o aplicación indebida, de los artículos 1281, 1282 y 1288 del Código Civil».

2. Por diligencia de ordenación de 8 de abril de 2014, la Audiencia Provincial de Navarra, sección 3.ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, 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 Jon , representado por el procurador Emilio García Guillén; y como parte recurrida la entidad Caixabank, S.A., representada por el procurador Miguel Ángel Montero Reiter. Autos en los que también han sido parte Remigio , Carlos José , Alfonso , Cornelio , Genaro , Manuel y Santos , que no se han personado ante este Tribunal Supremo.

4. Esta sala dictó auto de fecha 20 de julio de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Jon contra la sentencia dictada en fecha 20 de septiembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 221/2012 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 636/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Tudela».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Caixabank, S.A., presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 15 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, en relación con el presente recurso de casación, acreditados en la instancia.

Jon había concertado con La Caixa (hoy Caixabank) un crédito hipotecario, el 14 de noviembre de 2003.

El 2 de octubre de 2008, Jon suscribió con La Caixa un contrato de permuta financiera de intereses por un importe nominal inicial de 105.822,5 euros.

El banco recabó el correspondiente test de conveniencia en la contratación, con arreglo a la normativa MiFID, sin que hiciera el test de idoneidad.



El banco realizó las correspondientes liquidaciones hasta que, en fecha 29 de julio de 2009, las partes por mutuo acuerdo cancelaron el contrato de permuta financiera litigioso por un importe de liquidación de 4.412,43 euros. El acuerdo contenía la siguiente cláusula:

«desde la fecha de celebración y una vez satisfecho el importe extinción las partes no se deberán suma alguna por causa de la operación y, en todo caso, renuncian a cualquier otros pagos o entregas que pudieran tener derecho en virtud de la operación»

2. El Sr. Jon , junto con otros clientes de Caixabank, ejercitaron una demanda en la que acumularon las acciones de nulidad de los contratos de permuta financiera que cada uno de ellos había concertado con esta entidad financiera. En lo que ahora interesa, el Sr. Jon fundaba la nulidad del contrato de permuta financiera, entre otras razones, en que existió error vicio, provocado por el defecto de información sobre el producto financiero complejo contratado y sus concretos riesgos.

Esta acción fue estimada por la sentencia de primera instancia que, además de acordar la nulidad del contrato, ordenó la restitución recíproca de prestaciones.

3. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Caixabank. La Audiencia estima el recurso al entender que la nulidad se acordó por la concurrencia de un vicio del consentimiento y que el negocio anulable fue confirmado cuando el demandante convino en la cancelación del producto. El razonamiento de la Audiencia es el siguiente:

«En el momento de suscripción del acuerdo de cancelación y renuncia pactado con la entidad bancaria, el actor ya conocía la existencia de liquidaciones negativas de las derivadas de la evolución del tipo referencial (... por importe de 189,43 euros desde 8-3-2009 a 1-7-2009) por lo que en aquel momento ningún error de información existía sobre el alcance de aquellas liquidaciones negativas

»Si partimos del pleno conocimiento por el actor de la existencia de las liquidaciones negativas, de la posibilidad de ejercer acciones judiciales y del documento en que se acuerda la cancelación, la conclusión lógica y racional es que ese documento es un acto válido, pues los términos del mismo son claros e inteligibles para una persona de cultura media.

»Aquel acuerdo de cancelación es una especie de transacción extrajudicial que pone fin a un contrato y desde esta perspectiva mientras que no se declare la nulidad de aquella la demanda interpuesta por el Sr. Jon puede ser estimada puesto que carece de acción para ello, precisamente en virtud de aquella transacción del acuerdo de cancelación y renuncia.

»Se hace recaer el vicio de consentimiento de la cancelación en el vicio antecedente del contrato originario que cancela, en una defectuosa información, lo cual es rechazado, pues ya conocía las liquidaciones negativas en el momento de la cancelación derivadas de la evolución de los tipos referenciales».

»El acuerdo de cancelación no parte del error de información del contrato principal precedente.

»Sólo en el caso de concurrir algún vicio en el propio acuerdo de cancelación y renuncia podría dejarse sin efecto el mismo, que ni concurre, ni está probado, ni existe atisbo de conducta dolosa y/ o coactiva.

»Por cuanto antecede el motivo del recurso de apelación interpuesto por la entidad bancaria respecto de este actor ha de ser estimado, y su acción desestimada».

4. La sentencia de apelación es recurrida en casación por el Sr. Jon , sobre la base de tres motivos.

SEGUNDO. Recurso de casación

1. *Formulación del motivo primero.* El motivo denuncia la infracción «por aplicación indebida, de los artículos 1309, 1310 y 1311 en relación con el artículo 1266 del Código Civil. Y se señala como «punto o cuestión resuelto por la sentencia recurrida», que es objeto de impugnación, el haber entendido que «la cancelación del contrato viciado por error supone su confirmación o convalidación».

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

2. *Estimación del motivo primero. 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 hacía 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 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 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 en que 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 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*».

3. En nuestro caso, está claro que fue con las primeras liquidaciones negativas, cuando el cliente cayó en la cuenta de los riesgos que se derivaban del producto que había contratado y por ello fue entonces cuando pudo advertir el error vicio. De acuerdo con la reseñada jurisprudencia, el hecho de optar por la cancelación anticipada y de pactar con el banco el importe de la liquidación no supone una confirmación del contrato viciado por una causa de anulabilidad (error vicio).



Sí podría serlo una declaración de voluntad manifestada en la transacción. Esto es, que hubiera formado parte de la transacción la renuncia al ejercicio de la acción de nulidad por error vicio.

De ahí que tengamos que analizar el contenido de la cláusula introducida en el acuerdo de liquidación, a la que se pretende dar aquel efecto de renuncia al ejercicio de la acción de nulidad. El tenor literal de la cláusula es el siguiente:

«desde la fecha de celebración y una vez satisfecho el importe extinción las partes no se deberán suma alguna por causa de la operación y, en todo caso, renuncian a cualquier otros pagos o entregas que pudieran tener derecho en virtud de la operación»

La transacción se refería al importe de la cancelación anticipada del swap. La renuncia a reclamarse «cualquier otros pagos o entregas» guarda relación con el desenvolvimiento y cancelación del swap, pero no afecta a la acción de nulidad. Esta interpretación adquiere todavía mayor sentido cuando contextualizamos la cláusula dentro de la liquidación. El cliente, al descubrir los riesgos derivados de la bajada drástica de los tipos de interés, lo que pretende es, en primer lugar, «cortar la hemorragia» que supondrán las futuras liquidaciones y por ello se aviene, en primer lugar, a la liquidación ligada a la cancelación que le ofrece el banco. Pero, lógicamente, se reserva, sin necesidad de manifestarlo, la posibilidad de instar la nulidad del contrato cuya cancelación anticipada ha pactado con el banco. La cancelación y la liquidación de los gastos de cancelación pactados con el banco, en el marco de la cual hay que interpretar la cláusula trascrita en la que el cliente renuncia a reclamar pago alguno derivado de esa operación (el swap), no supone la confirmación del contrato de swap. Las renunciaciones contenidas en esta cláusula se ciñen a las cantidades que pudieran derivarse de las liquidaciones que pudieran haber procedido durante el tiempo en que estuvo en vigor el contrato y de la liquidación, esto es, las correspondientes al cumplimiento y cancelación del contrato, pero no a la de nulidad. Si se hubiera pactado esta renuncia, en ese caso, tendría razón la Audiencia al apreciar la convalidación del contrato cuya nulidad por error vicio se pedía. Pero como no es así, concluimos que no cabía apreciar la confirmación.

En consecuencia, procede estimar el motivo, casar la sentencia y, al asumir la instancia, desestimar la apelación y confirmar la sentencia de primera instancia.

TERCERO. Costas

1. Estimado el recurso de casación, no hacemos expresa condena de las costas ocasionadas con este recurso (art. 398.2 LEC).
2. Desestimado íntegramente el recurso de apelación formulado por Caixabank, 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- Estimar el recurso de casación interpuesto por Jon contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (sección 3ª) de 20 de septiembre de 2013 (rollo 221/2012), que dejamos si efecto, sin hacer expresa condena en costas con devolución del depósito constituido para recurrir. 2.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Caixabank contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Tudela de 25 de mayo de 2012 (juicio ordinario 636/2011), cuya parte dispositiva confirmamos, con imposición de las costas de la apelación a la parte apelante. 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.