

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ065952

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 139/2022, de 21 de febrero de 2022

Sala de lo Civil

Rec. n.º 1109/2019

**SUMARIO:****Nulidad del swap. Contratación de put con barrera. Error vicio en el consentimiento por falta de información.**

La confirmación purifica al contrato mercantil de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración. El art. 1.311 CC admite la confirmación expresa y la confirmación tácita.

La confirmación expresa es una declaración unilateral de voluntad por la que el legitimado para impugnar manifiesta la voluntad de confirmar, es decir, de conferir definitivamente eficacia al contrato anulable. Hay confirmación tácita cuando «con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo». Puesto que, de acuerdo con el art. 1.309 CC, desde el momento en que el contrato ha sido confirmado válidamente «la acción de nulidad queda extinguida», la referencia a la renuncia de la acción en el art. 1.311 CC apunta al efecto práctico de la confirmación, que es impedir el ejercicio de la acción. En la confirmación tácita esa voluntad debe manifestarse mediante actos concluyentes, mediante un comportamiento del que se infiera inequívocamente la voluntad de confirmar, esta sala, en la impugnación de contratos financieros por clientes que habían padecido un error invalidante como consecuencia de la falta de información, ha declarado que no había confirmación por el mero hecho de recibir liquidaciones, o por no protestar inmediatamente al recibir liquidaciones gravosas, ni tampoco por cancelar anticipadamente el contrato mediante la celebración de otro parecido en condiciones que se consideraban más beneficiosas.

No hubo negociación ni transacción, del simple pago por la actora de la cantidad total liquidada aceptando la propuesta de venta hecha por el banco para evitar un mayor quebranto económico y que la situación se fuera agravando, por tanto no cabe inferir una voluntad confirmatoria del contrato viciado por error en el consentimiento de la aceptación del pago de la liquidación negativa.

**PRECEPTOS:**

Código Civil, arts. 1.309, 1.311 y 1.312.

**PONENTE:***Doña María de los Ángeles Parra Lucan.***TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 139/2022

Fecha de sentencia: 21/02/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1109/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/02/2022

Ponente: Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID. SECCIÓN 11.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 1109/2019

Ponente: Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

## SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente  
D. Francisco Javier Arroyo Fiestas  
D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán  
D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 21 de febrero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Banco Santander S.A., representado por el procurador D. Jaime Quiñones Bueno y bajo la dirección letrada de D. Jesús Pérez de la Cruz Oña y D. Daniel Machado Rubiño, contra la sentencia de fecha 28 de diciembre de 2018, dictada por la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 364/2018, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 848/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 41 de Madrid, sobre nulidad contractual. Ha sido parte recurrida Industrias Metalúrgicas Castro S.A., representada por el procurador D. Héctor García de Luque y bajo la dirección letrada de D.ª Esther Lumbreras Checa.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.** *Tramitación en primera instancia.*

1. La entidad Industrias Metalúrgicas Castro S.A. (Inmecasa) interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Popular S.A. (Banco Santander S.A. en la actualidad), en la que solicitaba se dictara sentencia por la que se declarara:

"haber lugar a la presente demanda, estimándose la misma íntegramente, declarándose:

"1. Respecto al SWAP de fecha de contratación de 6 de junio de 2007, que se declare la nulidad del mismo por haber mediado vicio por error excusable, por parte de mi mandante, en el consentimiento de la contratación del mismo y, según lo dispuesto en el artículo 1303 del CC, se restituyan ambas partes los cobros habidos del SWAP con los intereses legales desde la fecha de cada cargo o abono y el legal incrementado en dos puntos desde la fecha de la Sentencia. Subsidiariamente, en caso de no estimarse la nulidad del SWAP que se condene a la demandada a hacer efectiva la cancelación que debió llevarse a cabo el 4 de agosto de 2010, devolviendo a mi mandante las liquidaciones del SWAP de octubre de 2010 y enero, abril y julio de 2011, que hacen un total de 146.573,19 euros, junto con los intereses correspondientes.

"2. Respeto a la PUT con barrera, de fecha de contratación de 6 de junio de 2007, que se declare la nulidad del mismo por haber mediado vicio por error, por parte de mi mandante, en el consentimiento de la contratación del mismo.

"3. Respecto a la PUT con barrera de 4 de agosto de 2010, que se declare la nulidad del mismo por haber mediado vicio por error excusable, por parte de mi mandante, en el consentimiento y/o dolo, en la contratación del mismo y, según lo dispuesto en el artículo 1303 del CC la demandada restituya a mi mandante la cantidad de 4.647.977,35 euros con el interés legal desde la fecha de su pago, el 17 de diciembre de 2013 y el legal incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia. Subsidiariamente, en caso de no apreciarse la nulidad, que se declare que la entidad demandada, Banco Popular, S.A., ha incumplido lo pactado en las condiciones del producto y, por tanto, se la condene a cumplir las mismas practicando la liquidación del producto con los valores iniciales, sin modificación de los mismos, según se expone en el HECHO NOVENO 3.b), por 3.688.116,61 euros, devolviendo la diferencia 959.860,74 euros, junto con sus intereses, a mi mandante. Subsidiariamente a la anterior petición, que se declare que la entidad demandada, Banco Popular, S.A. ha incumplido lo pactado en las condiciones del producto y, por tanto, se la condene a cumplir las mismas practicando la liquidación del producto con el aumento del valor de las acciones de manera proporcionada al resto de los valores, un 271%, según se expone en el HECHO NOVENO 3.c), por 3.688.815,97 euros, devolviendo la diferencia 959.161,38 euros, junto con sus intereses, a mi mandante.

"Y, en cualquiera de los casos, se condenen en costas a la demandada, siquiera sea por apreciación sustancial de cuanto se insta en el presente procedimiento".

2. La demanda fue presentada el 31 de julio de 2014 ante el Juzgado de Primera Instancia de Lebrija. La demandada Banco Popular S.A. presentó escrito oponiendo declinatoria de falta de competencia territorial a favor de los Juzgados de Madrid. Mediante auto de 30 de junio de 2016 el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Lebrija declara la competencia de los Juzgados de Primera Instancia de Madrid para conocer del asunto, y este corresponde por reparto al Juzgado de Primera Instancia n.º 41 de Madrid, donde se registra el 28 de julio de 2016 con el n.º 848/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3. Banco Popular S.A. contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda con expresa condena en costas a la parte actora.

4. Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 41 de Madrid dictó sentencia de fecha 25 de enero de 2018, con el siguiente fallo:

"Procede estimar parcialmente la demanda presentada por el procurador Sr. García de Luque en nombre y representación de Industrias Metalúrgicas Castro, S.A. contra Banco Popular Español representado por el procurador Sr. Quiñones Bueno, declarándose la nulidad del contrato celebrado entre ambas partes denominado put con barrera celebrado el 6 de junio de 2007 y modificado el 4 de agosto de 2010, y condenándose al Banco Popular al abono a la actora de un total de 4.647.977,35 euros de principal más los intereses legales desde la fecha de celebración de la venta de la nave industrial posterior, y los intereses procesales del art. 576 de la LEC desde la fecha de esta sentencia. Se desestima la demanda en el resto de pretensiones de la actora de conformidad con la fundamentación de esta sentencia y sin especial imposición de costas a ninguna de las partes".

#### **Segundo. Tramitación en segunda instancia.**

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

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 364/2018 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 28 de diciembre de 2018, con el siguiente fallo:

"Que desestimando el recurso interpuesto por Banco Popular Español S.A. contra la sentencia de fecha veinticinco de enero de dos mil dieciocho, confirmamos dicha resolución, con imposición a la apelante de las costas causadas".

#### **Tercero. Interposición y tramitación del recurso de casación**

1. Banco Santander S.A. (antes Banco Popular S.A.) interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

"Único.- Infracción, por no aplicación, del art. 1311 del Código Civil, en relación con el art. 1309 del Código 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 las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 28 de abril de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal del Banco Santander S.A., contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 28 de diciembre de 2018, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11.ª, en el rollo de apelación n.º 364/2018, dimanante del juicio ordinario n.º 848/2016, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 41 de Madrid.

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

4. Por providencia de 12 de enero de 2022 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 16 de febrero de 2022, fecha en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero.

La cuestión jurídica que se plantea en este recurso de casación versa sobre la existencia o no de confirmación de un contrato denominado "put con barrera" celebrado con error vicio del consentimiento como consecuencia del incumplimiento de los deberes de información por parte de la entidad financiera demandada. Esta última alega que hubo confirmación como consecuencia de la firma por el cliente de un documento acerca de la forma de pago de la deuda derivada de dicho contrato.

Para la resolución del recurso son antecedentes necesarios los siguientes.

Industrias Metalúrgicas Castro S.A. (Inmecasa) interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Popular S.A. (Banco Santander S.A. en la actualidad) en la que solicitaba la declaración de nulidad del swap de fecha de contratación de 6 de junio de 2007 y de la PUT con barrera, de fecha de contratación de 6 de junio de 2007 y de la PUT con barrera de 4 de agosto de 2010. Basaba su demanda en la existencia de error vicio en el consentimiento por falta de información por parte de la demandada. Solicitaba igualmente la restitución de las cantidades procedentes por aplicación del art. 1303 CC.

El juzgado apreció que la acción de anulabilidad respecto del swap estaba caducada, por lo que desestimó todas las pretensiones referidas a ese contrato, pero estimó la acción y declaró la nulidad del contrato celebrado entre las partes denominado put con barrera celebrado el 6 de junio de 2007 y modificado el 4 de agosto de 2010, y condenó al Banco Popular al abono a la actora de un total de 4.647.977,35 euros de principal más los intereses legales.

Banco Popular interpuso recurso de apelación que fue desestimado por la Audiencia.

Banco Santander (como sucesor de Banco Popular) interpone recurso de casación.

### Segundo.

El recurso, interpuesto por la vía del art. 477.2.2 LEC, denuncia la infracción, por no aplicación, del art. 1311 CC, en relación con el art. 1309 CC.

En su desarrollo alega que hubo confirmación por parte del cliente del put con barrera al firmar un documento sobre la forma de pago de la deuda derivada de dicho contrato. Razona que el contrato no generaba liquidaciones periódicas y la liquidación se produjo el 15 de octubre de 2013 y, conociendo esa liquidación, la demandante suscribió el 11 de diciembre de 2013 un documento en el que declaraba que asumía el resultado de dicha liquidación. Argumenta que, en el caso, las partes acordaron que el pago se haría mediante una fórmula diferente a la ordinaria, con cargo al precio de venta a un tercero (filial del propio banco) de un inmueble titulado por el deudor. Añade que en el mencionado documento se contenía una expresión decisiva a la que la Audiencia no ha otorgado significación particular, y conforme a la cual Inmecasa declaraba "... la liquidación del derivado 775-34 que no nos es posible satisfacer y asumimos". De allí se deduce, alega la recurrente, la voluntad de cumplir el contrato, lo que implicaba

la voluntad de renunciar a hacer valer la acción de nulidad. En su argumentación, como ya hiciera en la instancia, introduce también algunas consideraciones sobre el carácter negociado y transaccional de la solución alcanzada para liquidar la deuda.

### **Tercero.**

Debemos dar respuesta en primer lugar a los óbices de inadmisión planteados por la recurrida para rechazarlos, pues no se trata de lo que esta sala considera causas de inadmisión absolutas. Inmecasa alega que el recurso debió ser inadmitido porque altera la base fáctica, plantea una cuestión que no es jurídica, sino fáctica, y porque introduce ex novo una cuestión nueva que no se planteó en la instancia.

En primer lugar, debemos observar que, puesto que en el recurso lo que se plantea es la corrección de la valoración de la sentencia acerca de si hubo o no confirmación nos encontramos ante una cuestión jurídica que la sala puede revisar en el recurso de casación con respeto a los hechos probados en la instancia, tal y como se recogen en la sentencia recurrida.

Por otra parte, no puede considerarse que estemos ante una cuestión nueva, puesto que se planteó en el recurso de apelación interpuesto por la demandada y la sentencia recurrida se ocupó de la confirmación, para rechazarla. El banco insistió en su contestación a la demanda en el carácter transaccional del documento firmado por la demandante y en el que se aludía a la liquidación del derivado, pero hablando también de confirmación. En la apelación sostuvo que se trataba de una confirmación expresa con el argumento de que no es precisa forma especial y que la voluntad confirmatoria resultaba con claridad y si ahora en su recurso habla de confirmación tácita es con el mismo argumento de que no puede ser otro el sentido del documento suscrito por la demandante. En definitiva, por tanto, no se plantea una cuestión nueva si atendemos al razonamiento que sustenta la tesis de la parte recurrente.

Procede por tanto que entremos en el motivo del recurso que, por lo que decimos a continuación, va a ser desestimado.

### **Cuarto.**

La confirmación purifica al contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración ( art. 1313 CC). El art. 1311 CC admite la confirmación expresa y la confirmación tácita.

La confirmación expresa es una declaración unilateral de voluntad por la que el legitimado para impugnar manifiesta la voluntad de confirmar ( art. 1312 CC), es decir, de conferir definitivamente eficacia al contrato anulable.

Según el art. 1311 CC hay confirmación tácita cuando "con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo". Puesto que, de acuerdo con el art. 1309 CC, desde el momento en que el contrato ha sido confirmado válidamente "la acción de nulidad queda extinguida", la referencia a la renuncia de la acción en el art. 1311 CC apunta al efecto práctico de la confirmación, que es impedir el ejercicio de la acción.

Esto explica que en la jurisprudencia, el análisis de si los hechos realizados por el legitimado para impugnar el contrato comportan su confirmación no se dirige a identificar una voluntad autónoma de renuncia a la acción. A partir del análisis del comportamiento del titular de la acción se concluye si su conducta es jurídicamente significativa para entender que ha confirmado el contrato y, si es así, el confirmante ya no podrá impugnarlo.

Precisamente porque en la confirmación tácita esa voluntad debe manifestarse mediante actos concluyentes, mediante un comportamiento del que se infiera inequívocamente la voluntad de confirmar, esta sala, en la impugnación de contratos financieros por clientes que habían padecido un error invalidante como consecuencia de la falta de información, ha declarado que no había confirmación por el mero hecho de recibir liquidaciones, o por no protestar inmediatamente al recibir liquidaciones gravosas, ni tampoco por cancelar anticipadamente el contrato mediante la celebración de otro parecido en condiciones que se consideraban más beneficiosas cuando tampoco a la hora de celebrar el nuevo contrato se informó sobre los riesgos que comportaban. Como explica la sentencia 344/2017, de 1 de junio, dicha conducta encuentra justificación en el riesgo cierto de que tal situación se vaya agravando y suponga un importante quebranto económico ( sentencia 741/2015, de 17 de diciembre, citada por la posterior 164/2016, de 16 de marzo). Es decir, en evitar la "sangría económica que suponen las sucesivas liquidaciones negativas" ( sentencia 503/2016, de 19 de julio).

Por ello, en estas ocasiones, la sala ha apreciado que la finalidad de esa actuación no fue la confirmación del contrato viciado, sino enjugar el riesgo de insolvencia que se cernía sobre los clientes si se seguían produciendo liquidaciones negativas (también la sentencia 57/2016, de 12 de febrero). Por esa razón, en estos casos, se ha rechazado también que el cliente fuera contra sus propios actos al ejercer la acción de anulación, pues no había confirmado el contrato.

### **Quinto.**

En el presente caso no cabe concluir, contra lo que se sostiene en el recurso de casación, que el documento firmado por la demandante comporte una confirmación del contrato viciado por error en el consentimiento.

La carta dirigida por la actora a la demandada y fechada el 11 de diciembre de 2013, es del siguiente tenor:

"Industrias Metalúrgicas Castro, SAU  
"Carretera Comarcal C-441 Km, 15, 100  
"LAS CABEZAS DE SAN JUAN (SEVILLA)  
"Banco Popular Español S.A.  
"Oficina 3147  
"LAS CABEZAS DE SAN JUAN

"Muy Sres. Nuestros:

"Como Vdes. conocen, debido a la difícil situación económica en la que nos encontramos y que nos provoca grandes tensiones de tesorería para afrontar el pago de las hipotecas constituidas sobre la finca 3.110 del Registro de la Propiedad número 2 de Utrera (nave industrial en la Carretera Comarcal C-441- Km 15,100) con fechas 20 de noviembre de 2.008 en garantía de la cuenta especial de crédito número 156-0003-57 por importe de 4.000.000 de euros y con fecha 7 de abril de 2.009, en garantía del préstamo número 46-50254 por importe de 687.858 euros, hemos considerado oportuno proceder, previa su aprobación, a la venta de la citada nave industrial por la cantidad de 7.282.000 euros a la entidad Inversiones Inmobiliarias Canvives SAU con subrogación por ésta última en las hipotecas y con la finalidad de reducir el actual endeudamiento existente con ese Banco, entre otros, el importe de la liquidación del derivado número 775-34 que no nos es posible satisfacer y que asumimos.

"Atentamente.

"Sevilla, a 11 de diciembre de 2.013

"Fdo.- INDUSTRIAS METALURGICAS CASTRO SAU".

Debemos partir de que, a pesar de que la carta estaba dirigida por el cliente a la entidad, fue el banco quien la redactó, tal como concluye la Audiencia a la vista de la prueba practicada (atendiendo a la declaración del administrativo de la empresa demandante, de que la carta no se recogiera en el papel de la empresa, hiciera constar que la sociedad es una SAU cuando no es así al ser una SA, o se realiza en Sevilla, cuando la sociedad tiene su sede en la localidad de las Cabezas de San Juan). Igualmente debemos partir, como dice la Audiencia, de que la carta recoge la fórmula propuesta por la entidad financiera y consistente en la venta de una nave como medio para reducir el endeudamiento del cliente con el banco, entre otros por el importe del derivado concertado erróneamente como consecuencia de la falta de información proporcionada por la entidad. La carta expresa las dificultades económicas de la empresa en ese momento por las hipotecas sobre la nave industrial que se expresa y comunica la decisión de vender a la empresa Inversiones Inmobiliarias Canvives SAU dicha nave por importe de 7.282.000 euros, con subrogación de las hipotecas existentes y con la finalidad de "reducir el actual endeudamiento existente con ese Banco, entre otros, el importe de la liquidación del derivado número 775-34 que no nos es posible satisfacer y que asumimos". Ello, como razonablemente afirma la Audiencia, significa la aceptación de esa fórmula como abono de la enorme cantidad liquidada, pero no parece sino dirigida al intento de reducir el endeudamiento y evitar mayores males derivados del devengo de intereses y otros gastos que se habrían generado por la importante cifra adeudada.

Partiendo, como establece la Audiencia, de que no hubo negociación ni transacción, del simple pago por la actora de la cantidad total liquidada aceptando la propuesta de venta hecha por el banco para evitar un mayor quebranto económico y que la situación se fuera agravando, no advertimos que el cliente convalidara el consentimiento erróneamente prestado.

En definitiva, este tribunal, al igual que la sentencia recurrida, considera que del documento suscrito no resulta una voluntad confirmatoria del contrato viciado por error. El hecho de que en el contrato litigioso no hubiera liquidaciones periódicas no hace inaplicable la doctrina que la sala ha elaborado respecto de otros contratos en los que no se ha apreciado que el cliente pretendiera convalidar el consentimiento erróneamente prestado por el hecho de haber asumido y pagado varias liquidaciones negativas.

Por todo ello el recurso de casación se desestima.

**FALLO**

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Banco Santander S.A. contra la sentencia dictada en segunda instancia el 28 de diciembre de 2018 por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11.ª, en el rollo de apelación n.º 364/2018, dimanante del juicio ordinario n.º 848/2016, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 41 de Madrid.

2.º- Imponer a la recurrente las costas del recurso de casación y ordenar la pérdida del depósito constituido para su interposición.

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.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.