

4. DERECHO BANCARIO

Inaplicación de la doctrina de los actos propios en supuestos de vicio en el consentimiento recaído sobre productos bancarios o de inversión establecido en las SSTS de 17 de diciembre de 2015, de 3 de febrero de 2016, de 16 de marzo de 2016, así como en el resto de jurisprudencia dictada en la materia

Refusal to apply the estoppel principle in cases of mistake in the formation of a banking or investment contract established in the judgments of the Supreme Court rendered on December 17th 2015, February 3rd 2016, March 16th 2016, as well as other case law rendered on this matter

por

HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS

Doctor en Derecho

Abogado colegiado en Madrid y en Nueva York

LLM por la University of California Berkeley

RESUMEN: La doctrina de los actos propios o confirmación tácita es frecuentemente alegada por las entidades financieras en pleitos en los que se ejercitan por clientes acciones de pretendidos vicios en el consentimiento.

La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia menor ha entendido que generalmente no se puede aplicar el referido principio general del Derecho debido a la falta de conocimiento del error por un lado, y a la ausencia de actos inequívocos confirmatorios por otro. Sin embargo, se han dictado algunas Sentencias por las Audiencias Provinciales que sí estimaban que procedía la aplicación de la señalada doctrina en algunos supuestos, como cuando se habían producido liquidaciones negativas del producto durante varios años, no se habían formulado quejas por parte del actor durante un periodo dilatado en el tiempo o cuando se había contratado sucesivamente el mismo producto. Estos hechos no eran considerados como suficientes por la jurisprudencia menor y doctrina mayoritarias como para considerar confirmado el consentimiento supuestamente viciado.

Este debate parece superarse mediante la reciente jurisprudencia estudiada en este trabajo que sostiene que la celebración de contratos sucesivos similares, las advertencias genéricas sobre el riesgo de la operación o incluso haber recibido liquidaciones negativas no permite la aplicación de la doctrina de los actos propios.

ABSTRACT: Banks frequently allege the estoppel principle or the implied acknowledgement in disputes in which clients file actions of mistake in the formation of the contract.

The majority of the scholars and the case law from Provincial Courts generally affirms that the said principle cannot be applied since on the one hand clients are not aware of the supposed mistake, and on the other hand, there are not undoubtful acts that confirm the contract. But some judgments rendered by Provincial Courts have considered that this principle should be applied under certain circumstances such as having suffered negative results for some time, not having claimed against the contract or having acquired the same product several times. These facts were not deemed sufficient by the majority of the scholars and the case law from Provincial Courts to apply the said principle.

This debate seems to be overcome by the recent case law from the Spanish Supreme Court studied in this article, which affirms that entering into similar contracts, written warnings about a generic risk of the investment product or even suffering negative results for a while do not support the application of the estoppel principle.

PALABRAS CLAVE: Actos propios. Confirmación tácita. Producto de inversión. Contrato bancario. Consumidores. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

KEY WORDS: Estoppel principle. Implied acknowledgement. Investment product. Banking contracts. Consumers. Spanish Supreme Court case law.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PRINCIPAL JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO RESPECTO A LOS ACTOS PROPIOS EN SUPUESTOS DE VICIO EN EL CONSENTIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN DE PRODUCTOS BANCARIOS O DE INVERSIÓN: 1. STS DE 17 DE DICIEMBRE DE 2015: A) Antecedentes. B) Doctrina relevante sobre la confirmación tácita. 2. STS DE 3 DE FEBRERO DE 2016: A) Cuestiones fácticas y procesales previas. B) Pronunciamientos de especial interés. 3. STS DE 16 DE MARZO DE 2016: A) Aspectos procesales y fácticos de importancia. B) Postulados de interés de la Sentencia sobre los actos propios.—III. PRONUNCIAMIENTOS POSTERIORES DE LOS TRIBUNALES.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

I. INTRODUCCIÓN

La existencia y vigencia de la doctrina de los actos propios resulta incontrovertida al estar clara y reiteradamente aceptada por el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones, como las SSTS de 21 de mayo de 2001, de 25 de enero de 2002 y de 7 de junio de 2010. Habitualmente también se designa a esta figura jurídica utilizando los siguientes brocados latinos *nemine licet adversus sua facta venire*¹ o *contra factum venire non valem*².

Este principio general del Derecho³ tiene su fundamento en la buena fe y en la protección de la confianza que la conducta produce⁴.

Aunque a lo largo de este artículo se utilice indistintamente la referencia a la confirmación tácita o a los actos propios, parece que la denominación más correcta en el caso de los vicios del consentimiento es la de la confirmación tá-

cita, por aparentemente constituir la aplicación concreta de la doctrina general de los actos propios dentro del ámbito contractual⁵.

A estos efectos conviene recordar que la confirmación tácita está regulada en los preceptos 1309 y siguientes del Código Civil⁶. En este mismo sentido, también se debe de precisar que tanto la confirmación tácita como los actos propios (que se emplean como términos equivalentes a estos efectos por la identidad con que son alegados frecuentemente en esta clase de litigios⁷, así como por la coincidencia en cuanto a sus consecuencias jurídicas⁸) requieren que concurra un conocimiento de la causa de nulidad⁹, que tal causa haya cesado, que quien actúe esté legitimado¹⁰ y que dicho comportamiento consista en un acto que suponga sin equívocos dar cumplimiento al contrato¹¹. Más concretamente a este respecto la jurisprudencia ha exigido que el correspondiente acto se realice con el fin de crear, modificar, obrar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo unilateralmente la situación jurídica del mismo¹². Además los tribunales han requerido que los actos sean concluyentes y definitivos¹³, resultando solemnes, precisos, claros, determinantes y perfectamente determinados, sin que sean ambiguos ni inconcretos¹⁴.

Aunque la doctrina no suele abordar el estudio de la confirmación tácita en relación con los contratos bancarios¹⁵, lo cierto es que esta institución es usualmente alegada por los bancos en pleitos en los que se ejercitan acciones de vicio en el consentimiento a la hora de contratar un producto financiero o de inversión¹⁶.

En algunos pleitos parece que dichos requisitos se cumplen, ya que ha habido años de ejecución de los contratos con liquidaciones positivas y negativas, (a veces por importes relevantes en ambos sentidos), se han cancelado y suscrito nuevos productos iguales o similares e incluso, en algunos casos, hasta se han cobrado o abonado costes de cancelación. Estos hechos habían sido tenidos en cuenta por algunas sentencias de la jurisprudencia menor para estimar que procede la confirmación del correspondiente contrato, como las SSAP de Ávila, Sec. 1.^a, de 27 de enero de 2011, de Madrid, Sec. 10.^a, de 27 de marzo de 2012 y de 3 de julio de 2012 y de Alicante, Sec. 3.^a, de 20 de marzo de 2013. En concreto, la SAP de Pontevedra, Sec. 6.^a, de 11 de junio de 2012 señala¹⁷:

«Aplicando la doctrina anterior (doctrina de los actos propios) al caso, resulta que la parte actora suscribió el primer contrato de permuta financiera de tipo de interés (...) después y sin otro antecedente que el funcionamiento y liquidaciones del anterior swap se contrató uno nuevo que sustituía al anterior el día 4 de abril de 2008, y sin formular ninguna objeción en todo este tiempo, finalmente se decide la cancelación el día 3 de agosto de 2008.

De esta forma durante todo este periodo se cumplieron los derechos y cumpliendo las obligaciones que dimanaban del negocio, renovando el consentimiento una segunda vez. Si bien se alega durante el primer contrato no hubo liquidaciones negativas, la existencia de las positivas indicaba que no había tal seguro y que fue a raíz de la subida de tipos, lo que conllevaría liquidaciones negativas futuras, cuando se acuerde celebrar un nuevo contrato con unos límites, por lo que difícilmente puede sostenerse un desconocimiento de lo pactado».

De forma relativamente similar se había pronunciado parte de la doctrina especializada¹⁸, que comentó en relación con las permutas financieras:

«Posiblemente habrá que estar a otros factores, además del expuesto, como, por ejemplo, si durante ese tiempo las liquidaciones del swap eran positivas o negativas, y otras varias. Sin embargo, parece claro que este podría ser un supuesto

de confirmación o «purificación» del negocio viciado, toda vez que puesta de manifiesto la verdadera naturaleza de la obligación, el cliente bancario contratante de esta decide —al no quejarse— continuar ejercitando los derechos que dimanen del negocio, así como cumplir con sus obligaciones.

Otro posible supuesto de confirmación del contrato anulable puede residir en la resolución del mismo por parte del posterior demandante, con arreglo a las propias cláusulas del negocio jurídico. Esta aplicación, en definitiva, sumisión consciente a un contrato viciado, implica la enmienda del mismo.

Otras causas inequívocas de confirmación pueden ser la suscripción de un instrumento financiero por un menor de edad que no muestra su disconformidad asumida la mayoría de edad, o de aquel otro cliente de una entidad financiera que, transcurrido un tiempo desde la firma del derivado acuerda una novación del mismo con la entidad».

No obstante, el posicionamiento mayoritario de las Audiencias Provinciales ha sido contrario a la aplicación de la doctrina de los actos propios como evidencian las SSAP de Asturias, Sec. 5.^a, de 23 de julio de 2010, de Álava, Sec. 1.^a, de 14 de abril de 2011, de Castellón, Sec. 3.^a, de 26 de octubre de 2012 y de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 4 de abril de 2013, entre otras¹⁹. Esa misma línea parecía anticipar el Tribunal Supremo en algunos de sus pronunciamientos, como la STS de 18 de abril de 2013, en la que rechaza que el conservar las participaciones preferentes de otra entidad distinta de la demandada durante un cierto tiempo implique la exoneración de responsabilidad del banco comercializador del producto²⁰. De manera también clarividente la STS de 12 de enero de 2015 declaraba que «la falta de queja sobre la suficiencia de la información es irrelevante desde el momento en que, además de ser anterior al conocimiento de la causa que basaba la petición de anulación, era la empresa de servicios de inversión la que tenía la obligación legal de suministrar determinada información al inversor no profesional, de modo que este no tenía por qué saber que la información que se le dio era insuficiente o inadecuada, y de ahí que se haya apreciado la existencia de error» y que «la petición de rescate no es significativa de la voluntad de la demandante de extinguir su derecho a impugnar el contrato, solicitando su nulidad y la restitución de lo que entregó a la otra parte, puesto que es compatible con la pretensión de obtener la restitución de la cantidad entregada. La renuncia a un derecho, como es el de impugnar el contrato por error en el consentimiento, no puede deducirse de actos que no sean concluyentes, y no lo es la petición de restitución de la cantidad invertida respecto a la renuncia a la acción de anulación del contrato»²¹.

Dentro de la argumentación esgrimida para sustentar el referido rechazo a la aplicación de la mencionada doctrina se encuentra el considerar que las «reestructuraciones» u «optimizaciones» en el caso de las permutas financieras constituyen un único contrato por diversas razones (aunque aparentemente tienen diferentes objetos y consentimientos), como que en el negocio jurídico no ha cesado la causa de nulidad²² o que se realizaron bajo la condición de no cargarse el coste de cancelación²³; que es lógico que la reacción se produzca cuando se manifiestan los efectos negativos de los contratos²⁴ (a pesar de que en algunas ocasiones tal reacción en forma de queja acreditada o demanda se produce años más tarde); que son irrelevantes las liquidaciones positivas recibidas por ser de escasa cuantía²⁵ o por estimar que el actor no ha tenido posibilidad real durante la vigencia del producto de percatarse del funcionamiento del mismo²⁶. A este respecto la SAP de Asturias, Sec. 4.^a, de 30 de mayo de 2011 ilustrativamente comenta en un caso de swaps²⁷:

«El hecho de que la demandante no mostrara disconformidad cuando la liquidación le resulta favorable no es razón suficiente para desvirtuar el error sufrido ni operar efecto convalidatorio del contrato, pues aún no se percata de su mecánica operativa, cuyo verdadero alcance solo llega a comprender cuando el saldo es negativo, observando la clara desproporción existente entre uno y otro supuesto, más aun si se tiene en cuenta que solo en ese momento conoce el elevado coste que le supone una cancelación anticipada de ese producto, y que hasta entonces ignora al no haber sido informado con un mínimo de precisión».

De manera parecida se ha pronunciado un sector de la doctrina especializada²⁸, comentando sobre permutas financieras:

«Y sin embargo, esto no es así y son numerosas las Sentencias que resaltan que, este hecho, el efectuar reclamaciones cuando el resultado de las liquidaciones es negativo, lo único que prueba es, precisamente, el desconocimiento de la parte sobre lo que en realidad había contratado, ya que hasta que los intereses bajan y las pérdidas comienzan, no se dan cuenta de la verdadera transcendencia de lo contratado, no alcanzan a percibir el verdadero significado de lo realmente acaecido puesto que hasta entonces se ha mostrado como lo que aparentemente era: una protección frente a las subidas de los tipos de interés. Si los clientes han estado percibiendo cantidades en las liquidaciones es porque los tipos de interés se habían incrementado, y la devolución de los referidos importes no supondría sino el cumplimiento del contrato para el fin al que había sido firmado; de ahí el desconocimiento de lo realmente firmado y contratado sea evidente y se manifieste con meridiana claridad a partir del momento en el que el cliente comienza a percibir liquidaciones negativas, máxime si se tiene en cuenta la tremenda desproporción existente entre las cuantías de las liquidaciones positivas y la de las liquidaciones negativas».

Consecuentemente el objeto de la discusión no era tanto el Derecho aplicable, sino la interpretación de los hechos que podrían constituir el supuesto de hecho de la aplicación de la doctrina de los actos propios. Y sobre esa materia precisamente se centran las tres Sentencias analizadas en este trabajo.

II. PRINCIPAL JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO RESPECTO A LOS ACTOS PROPIOS EN SUPUESTOS DE VICIO EN EL CONSENTIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN DE PRODUCTOS BANCARIOS O DE INVERSIÓN

Sin perjuicio de otros pronunciamientos que puedan resultar de interés en la materia como la STS de 1 de febrero de 2016, a continuación se estudian con detalle tres de las resoluciones que han abordado con más profundidad y detenimiento la posibilidad de que se produzca una confirmación tácita con los hechos que más habitualmente se alegan en esta clase de litigios.

1. STS DE 17 DE DICIEMBRE DE 2015

Esta resolución es una de las primeras que asienta con rotundidad una jurisprudencia que prácticamente veda la aplicación de los actos propios a cualquier

supuesto. Y es que en este caso concurren los hechos más controvertidos para su aplicación: beneficio de liquidaciones positivas, perjuicio de liquidaciones negativas, suscripción de varios productos similares a lo largo del tiempo y cancelación de común acuerdo de varios de ellos.

A) *Antecedentes*

Este pleito se inició por una mercantil mediante la presentación de una demanda en abril de 2011 por la que se solicitaba la nulidad de una permuta financiera de tipos de interés por la concurrencia de un vicio en el consentimiento y que se condenara al banco a la devolución de 38.660,90 euros²⁹.

Tras la contestación a la demanda de la entidad financiera y demás trámites procesales, se dictó la Sentencia de primera instancia por la que se estimó la demanda al considerar que hubo error en el consentimiento, dado que no constaba que se ofreciera información previa al cliente, ni que se advirtiera debidamente del riesgo de la operación o del coste de cancelación³⁰.

El recurso de apelación interpuesto por el banco fue desestimado por la Audiencia Provincial porque, entre otras razones, la información suministrada al cliente no fue suficiente, no constaba la realización de los tests MIFID ni la entrega de un folleto explicativo³¹.

La entidad financiera interpuso recurso por infracción procesal por supuestamente realizarse una valoración de la prueba manifiestamente ilógica o arbitraria³², así como recurso de casación por tres motivos diferentes. Uno de ellos era la infracción de los artículos de la confirmación tácita³³.

Dentro de los hechos relevantes declarados probados se encuentran la conclusión a finales del año 2003 de un *swap* de tipo de interés entre una entidad financiera y una pequeña empresa dedicada al transporte terrestre de mercancías con un nominal de 600.000 euros. Tal cantidad coincidía con el importe de un préstamo hipotecario que la actora tenía concertado con el mismo banco. La permuta financiera se contrató mediando el ofrecimiento de la entidad financiera. Posteriormente, el 8 de febrero de 2005, se formalizó un segundo contrato de *swap*, con vencimiento el 11 de febrero de 2008. No obstante, en el año 2006, al recibir el demandante un importante adeudo, se sustituyó este contrato, por otro con vigencia desde el 31 de enero de 2007 hasta el 1 de febrero de 2012. Este último contrato generó al actor una serie de liquidaciones negativas, por importe total de 38.660,90 euros³⁴.

B) *Doctrina relevante sobre la confirmación tácita*

La Sentencia comienza declarando que «*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*»³⁵. Es decir, de forma general se desecha la aplicación de la confirmación tácita para los supuestos más controvertidos que habían originado el debate previamente expuesto³⁶.

En cuanto al conocimiento que se requiere para subsanar el pretendido error en estos casos, se aclara, estableciendo un criterio particularmente elevado, que se precisa «el conocimiento íntegro del riesgo asumido»³⁷, adquiriéndose este «cuando las liquidaciones devienen negativas y se informa del concreto importe de la cancelación del contrato»³⁸. A este respecto también se matiza que «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, toda vez que 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»³⁹.

En cuanto a la conclusión previa de otras dos permutas financieras que fueron canceladas y la falta de queja por la mercantil actora la Sentencia declara que el hecho de que «el cliente no formulara reclamación hasta que recibió las liquidaciones negativas resulta lógico, al ser entonces cuando pudo percibir su error, máxime si la celebración del contrato en cuestión vino dada por la inconveniencia del vencimiento anticipado del anterior, dado su elevado coste y la falta de constancia de una clara explicación sobre sus bases, que se planteó ante la alarma creada por una primera liquidación negativa. Y como hemos recordado en la misma Sentencia últimamente citada, habiéndose ejercitado la acción de anulación del tercer contrato de swap celebrado entre las partes, la celebración de dos contratos anteriores no puede constituir una confirmación tácita del tercer contrato, por cuanto que tales contratos son anteriores en el tiempo. La confirmación de un negocio anulable puede producirse por hechos posteriores a su celebración, pero no por hechos anteriores»⁴⁰. Consecuentemente, aplicando un criterio de situación en el tiempo, se descarta, como parece lógico y acertado, que la contratación previa pueda servir para confirmar la adquisición de un producto similar posterior. Cuestión distinta es que tal hecho no sea relevante para valorar la inexcusabilidad del supuesto error⁴¹. Aunque esta Sentencia no alude a este hecho a la hora de analizar y declarar la excusabilidad del error⁴². Lo cual es coherente con el posicionamiento mayoritario, que no descarta la aplicación del error por el mencionado hecho⁴³.

Por lo expuesto la resolución entiende que no concurre el requisito del conocimiento y cese de la causa de nulidad que exige el precepto 1311 del Código Civil porque, conforme a la narración de los hechos fijada en la instancia, la demandante fue consciente del error cuando comenzaron las liquidaciones negativas por cantidades muy importantes, por lo que no hubo confirmación ya fuera expresa o tácita del negocio⁴⁴.

Finalmente la Sentencia rechaza que haya una confirmación por el hecho de que en el contrato se contuviera una mención predispuesta en la que se advertía genéricamente del posible riesgo de la operación. Nuevamente la razón es que no se trata de un hecho posterior realizado cuando el vicio de la voluntad ha desaparecido y con conocimiento de este⁴⁵.

Consecuentemente, la resolución analizada, atendiendo a la necesidad del conocimiento (que requiere que sea íntegro), a la ubicación temporal de los hechos y a la interpretación de la posible voluntad de los actos de la actora, siguiendo el criterio de la jurisprudencia menor anterior, descarta que pueda considerarse que

hay una confirmación tácita en la práctica totalidad de supuestos: recibimiento de beneficios, padecimiento de liquidaciones negativas, ausencia de quejas durante años, suscripción reiterada y dilatada en el tiempo del mismo producto e incluso cancelación voluntaria del mismo.

2. STS DE 3 DE FEBRERO DE 2016

Este pronunciamiento supone el afianzamiento de la doctrina previamente comentada, así como su profundización en el caso de sucesivas renovaciones del mismo contrato. En este caso se celebraron 7 permutas financieras de manera dilatada en el tiempo.

A) Cuestiones fácticas y procesales previas

El 12 de mayo de 2011 una mercantil presentó demanda solicitando la nulidad por la concurrencia de vicio en el consentimiento de un contrato marco de operaciones financieras formalizado el 19 de noviembre de 2004, así como de 7 permutas financieras de tipos de interés y ligadas a inflación suscritas entre los años 2004 a 2008. Además se instaba la condena a la restitución de las prestaciones⁴⁶.

Tras la correspondiente contestación a la demanda y demás trámites procesales, se dictó sentencia estimatoria basada, entre otros argumentos, en que no constaba que el administrador de la sociedad tuviera experiencia en productos financieros, la actora era una pequeña empresa familiar dedicada a la logística, no quedaron acreditadas las explicaciones ni la información suministrada por el banco⁴⁷.

El recurso presentado por la entidad financiera fue desestimado por la Audiencia Provincial, que confirmó las conclusiones probatorias y jurídicas de la primera instancia. A efectos de la confirmación tácita la sentencia de la Audiencia Provincial declaró que no medió un largo periodo de tiempo que permitiera la aplicación de la doctrina de los actos propios, así como que la suscripción de contratos posteriores no supuso la confirmación de los anteriores porque para ello debería haber existido conocimiento del error en que se había incurrido previamente y haber manifestado inequívocamente el demandante su voluntad consciente de validar el contrato⁴⁸.

Frente a esta resolución el banco presentó recurso por infracción procesal con base en una pretendida valoración ilógica o arbitraria de la prueba⁴⁹, así como recurso de casación alegando tres motivos, dentro de los cuales se encontraba la infracción de los artículos del Código Civil referentes a la confirmación tácita⁵⁰.

B) Pronunciamientos de especial interés

La resolución comienza reafirmando la ya declarada regla general⁵¹ de que *«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»⁵².

Esta Sentencia vuelve a resaltar que el conocimiento que se requiere para subsanar es el entendimiento íntegro del riesgo asumido y que este se adquiere cuando las liquidaciones devienen negativas y se informa del concreto importe de la cancelación de los contratos⁵³. Como ya se declaró en la STS de 17 de diciembre de 2015, se sostiene que *«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, toda vez que 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»⁵⁴.*

Se reitera que una actitud pasiva tras el conocimiento posterior del negocio jurídico no permite aplicar la doctrina de los actos propios⁵⁵.

A la hora de abordar el hecho declarado probado de que se firmaron hasta siete contratos de swap distanciados en el tiempo, como ya comentara la STS de 17 de diciembre de 2015, declara que el hecho de *«que los clientes no formularan reclamación hasta que recibieron las liquidaciones negativas resulta lógico, al ser entonces cuando pudieron percibir su error, máxime si el encadenamiento de contratos venía dado por la inconveniencia del vencimiento anticipado de los anteriores, habida cuenta su elevado coste y la falta de constancia de una clara explicación sobre sus bases, que se planteó ante la alarma creada por las primeras liquidaciones negativas»⁵⁶*. Más particularmente, sobre la sucesión de tantos contratos señala que *«la celebración de contratos anteriores no puede constituir una confirmación tácita de otros posteriores, por cuanto que tales contratos son anteriores en el tiempo»⁵⁷*. No obstante, en este caso, a diferencia del supuesto de hecho de la STS de 17 de diciembre de 2015⁵⁸, se solicitaba la nulidad de las 7 permutas financieras que se habían suscrito a lo largo de los años. Por ello, puede entenderse que los últimos swaps sí pueden ser confirmación de los primeros, ya que sí son posteriores. Esta es la razón por la que cabe plantearse el grado de acierto, al menos del razonamiento dado, para rechazar la aplicación de los actos propios respecto a los 7 contratos. Máxime si se habían producido liquidaciones negativas o se habían asumido costes de cancelación durante esos años.

Como ya ocurriera en la STS de 17 de diciembre de 2015 se declara que los actores fueron conscientes del error cuando comenzaron las liquidaciones negativas por cantidades muy importantes, lo que impedía la confirmación del negocio⁵⁹.

Por último, la Sentencia también descarta que una mención predispuesta en la que se advierte genéricamente del posible riesgo de la operación pueda constituir una confirmación tácita⁶⁰.

Consecuentemente, esta resolución sigue y aplica enteramente la doctrina contenida en la STS de 17 de diciembre de 2015, aunque podría resultar discutible que los hechos permitan aplicar los mismos razonamientos de la referida Sentencia.

3. STS DE 16 DE MARZO DE 2016

Este pronunciamiento judicial resulta de interés por confirmar y aplicar la jurisprudencia contraria a la confirmación tácita en un supuesto de cancelación que tiene una serie de peculiaridades, como la intervención del abogado del cliente bancario, que podrían originar alguna duda sobre la aplicación de la doctrina de los actos propios.

A) Aspectos procesales y fácticos de importancia

En este caso la demanda se interponía el 24 de septiembre de 2010 por dos personas físicas que contrataron un *swap* de tipos de interés el 1 de abril de 2008. Se solicitaba que se declarara su nulidad, se reintegrara a los actores la cantidad de 10.562,50 euros y se condenara en costas a la entidad financiera demandada⁶¹.

Tras la correspondiente oposición del banco se dictó Sentencia en primera instancia que estimó íntegramente la demanda, declarando que se vulneró el deber de información por parte de la entidad financiera, lo que provocó un error en los actores consistente en la creencia de que estaban concertando un contrato de seguro que les cubría el riesgo ante las subidas de los tipos interés⁶².

El banco recurrió en apelación centrando la Audiencia Provincial la resolución en dos cuestiones: determinar si los demandantes incurrieron en un error que invalidaba el contrato y si la cancelación pactada con la entidad financiera impide que posteriormente se pueda solicitar la nulidad del mismo. La sentencia confirma la resolución de primera instancia en cuanto a la primera cuestión. Sin embargo, estimó que se confirmó el *swap* tácitamente al haber negociado los clientes con la entidad financiera la resolución de la permuta financiera litigiosa. En tal negociación estuvieron asistidos por su abogado y pactaron una condonación del 25% del importe a abonar al banco⁶³.

Posteriormente se planteó recurso por infracción procesal por una alegada ilógica o arbitraria valoración de la prueba, así como por una pretendida vulneración de la carga de la prueba⁶⁴. El recurso de casación, que es lo que interesa a efectos de este trabajo, tenía un motivo consistente en la vulneración de los artículos 1309, 1310 y 1311 del Código Civil y se justificaba en la existencia de jurisprudencia menor contradictoria⁶⁵.

Dentro de los hechos declarados probados se puede destacar que dichas personas suscribieron para financiar la adquisición de una vivienda un préstamo con garantía hipotecaria por importe de 129.000 euros. Posteriormente se concluyó una ampliación del capital prestado. Y poco tiempo después, a instancia de la entidad financiera se contrató el *swap*. Los demandantes carecían de conocimientos financieros, ya que uno era mecánico y la otra era cajera en una superficie comercial. Hasta abril del año 2009 se producen liquidaciones positivas para los actores. Posteriormente se suceden las liquidaciones negativas, motivando que los demandantes no puedan hacer frente a los pagos. Ante la extrañeza provocada por los pagos de la permuta financiera, los demandantes acuden al banco y se les informa que cuando el tipo de interés está por debajo del 4% son los clientes los que deben pagar a la entidad financiera. Ante la descrita situación de imposibilidad de pago, los actores negociaron con su abogado y pactaron una ampliación del préstamo hipotecario para regularizar las cuotas hipotecarias pendientes de pago, resolver el *swap* y pagar los costes de cancelación⁶⁶.

B) Postulados de interés de la Sentencia sobre los actos propios

Este pronunciamiento judicial comienza la resolución de la aplicación de la confirmación tácita señalando que *«es ya jurisprudencia consolidada de esta Sala que 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»*⁶⁷. Por lo tanto, se confirma el posicionamiento de las sentencias previamente comentadas⁶⁸.

Además, siguiendo la jurisprudencia general sobre la materia⁶⁹, recuerda que *«existiendo error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que la actora 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. Ha de tenerse 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 este, según establece inequívocamente el artículo 1311 del Código Civil»*⁷⁰.

Tras la reproducción de varios pronunciamientos anteriores no relacionados con productos bancarios como la STS de 14 de octubre de 1998 y de 15 de octubre de 2015, siguiendo lo declarado en la STS de 17 de diciembre de 2015 indica que *«el hecho de 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, toda vez que 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, no resultando, así, de aplicación la doctrina de los actos propios y los artículos 7.1, 1310, 1311 y 1313 del Código Civil»*⁷¹.

Posteriormente, analizando los hechos declarados probados en este caso se sostiene que *«la conducta observada por los actores no puede considerarse como un acto inequívoco dirigido a convalidar un contrato anulable. La cancelación anticipada del contrato, prevista en su reglamentación y propuesta por la entidad bancaria recurrida, no puede entenderse más que como la única solución viable que tenían los prestatarios para tratar de regularizar su situación de impago motivada por las liquidaciones negativas del contrato de cobertura de tipo de interés. Además, la aparente negociación con la entidad, con asistencia letrada, no puede tener la virtualidad o el efecto de renuncia a una posible acción de nulidad porque, además de no estipularse nada en tal sentido, las circunstancias especialmente angustiosas motivadas por la situación de impago y ante el real riesgo de un empobrecimiento patrimonial todavía más agravado, impiden sostener que el acuerdo alcanzado estuviera revestido de unas condiciones de igualdad entre las partes aptas para que, en una adecuada aplicación de la doctrina de los actos propios, se generase una situación jurídica que permitiera tener por convalidado un negocio viciado por error en la prestación del consentimiento. Además, la condonación ofrecida del 25% del coste de cancelación por parte de la entidad recurrida, venta condicionada y contrarrestada por la aceptación de una ampliación del principal del préstamo hipotecario, con unas condiciones financieras —aumento del tipo de interés remuneratorio y*

mayor duración del préstamo— más gravosas que las inicialmente pactadas, y, en consecuencia, más perjudiciales para los actores. Con lo cual, en la práctica, no fue sino un señuelo para que los actores pagaran una parte sustancial del coste de cancelación y el banco obtuviera un nuevo negocio de financiación; lo que, lejos de subsanar el error y confirmar el consentimiento, lo que hizo fue mantener la situación de error».

Nótese que aunque de manera tímida, esta Sentencia parece aceptar la posibilidad de una confirmación tácita en un hipotético supuesto con condiciones de igualdad, con alusión expresa a la subsanación y sin que concurren circunstancias especialmente angustiosas para los demandantes.

Por consiguiente, se consolida la jurisprudencia anterior respecto a un supuesto de hecho en el que el pretendido acto confirmatorio, consistente en una cancelación de mutuo acuerdo con la intervención de un abogado y una condonación relevante de la deuda existente, no se considera válido a efectos de aplicar la doctrina de los actos propios.

III. PRONUNCIAMIENTOS POSTERIORES DE LOS TRIBUNALES

Las Audiencias Provinciales parecen seguir los postulados contenidos en las sentencias estudiadas del Tribunal Supremo, aunque en muchas ocasiones no citen expresamente las resoluciones comentadas. Así en un caso de participaciones preferentes, tras reproducir la doctrina general del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales en la materia, pero no las sentencias comentadas en este artículo, la SAP de Cuenca, Sec. 1.^a, de 22 de marzo de 2016 descarta la aplicación de la doctrina de los actos propios en un supuesto donde se habían cobrado liquidaciones negativas y se había producido el canje del producto por el FROB⁷² indicando⁷³:

«Es evidente que el cobro ordinario de liquidaciones no evidencia el error; ni supone confirmación alguna del contrato. Y menos aún el canje, interpretado en la forma expuesta en el fundamento anterior. El canje no es un acto de confirmación de un contrato válido en el ámbito de relaciones jurídico-privadas, sino una opción prevista por el legislador para mitigar la falta de liquidez de un producto financiero complejo irregularmente comercializado...».

En otro supuesto de obligaciones subordinadas en el que se alegaba la confirmación tácita por el cobro de intereses, la SAP de las Islas Baleares, Sec. 4.^a, de 30 de junio de 2016 sin aludir a las resoluciones analizadas en este trabajo comenta⁷⁴:

«En el caso de autos los supuestos actos de confirmación tácita —recepción de intereses— se produjeron cuando el contrato se hallaba afectado por la causa de nulidad, o error vicio del consentimiento, por lo que no puede tener efecto alguno sanatorio del contrato. Se desestima el motivo».

De manera parecida, la SAP de Barcelona, Sec. 13.^a, de 15 de septiembre de 2016 en un caso de participaciones preferentes y deuda subordinada en el que se alegaba la confirmación tácita por el disfrute durante un tiempo de rendimientos positivos, el canje y posterior venta de las acciones al FROB (que se suele producir con una renuncia expresa de derechos por escrito) descarta su aplicación siguiendo la doctrina general y la STS de 12 de enero de 2015 sosteniendo⁷⁵:

«El canje de las participaciones preferentes y deuda subordinada por acciones de Catalunya Banc era obligatorio y, el segundo paso, la venta de las acciones al Fondo de Garantía de Depósitos, era la solución ofrecida a la parte actora más viable para no incrementar la pérdida ya sufrida hasta el momento. Esa venta difícilmente puede considerarse como voluntaria sino que ha de ser entendida como la única opción, impuesta, ante la desconfianza que suponía para un inversor minorista mantener la titularidad de unas acciones, que son una parte del capital de un banco en el que había invertido sin saberlo, por falta de información, en un producto de riesgo. Esa venta a la que la parte actora se vio abocada no puede implicar la renuncia a intentar recuperar la totalidad de la inversión, que es lo que ahora se pretende. Por tanto ni el canje en acciones ni la venta de estas al FGD impide el ejercicio de la acción de nulidad aquí deducida.

(...)

La confirmación solo es posible, según el artículo 1311 Código Civil, cuando el acto tácito se realice con: a) conocimiento de la causa de nulidad; b) habiendo esta cesado; y c) ejecutando un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciar a invocar la causa de nulidad. Que se acepten liquidaciones positivas o que se suscriban contratos que novan los precedentes, no supone conocimiento de la causa de nulidad, por lo que no opera el precepto; y si además persiste el vicio tampoco podría acogerse la confirmación. En el caso de la venta del producto del canje obligatorio, su aceptación solo podría ser «confirmación» si hubiera «ánimo confirmatorio» pero no cuando lo que se pretende es minimizar la pérdida, aceptando el mal menor que supone el cambio; no se pretende hacer eficaz el contrato viciado, sino evitar una pérdida completa de lo invertido.

Por otra parte, que se hayan aceptado rendimientos, aunque sea de manera dilatada en el tiempo, no permite presumir la validez del consentimiento, puesto que se desconocían los elementos determinantes de la existencia de error en el consentimiento, de la misma manera que tampoco puede presumirse el consentimiento válido de la inexistencia de quejas conforme a la STS de 12 de enero de 2015 a que antes se ha hecho mención».

Algunas resoluciones siguen atendiendo exclusivamente a los requisitos generales de la doctrina de los actos propios, sin utilizar la nueva jurisprudencia comentada, para descartar la confirmación tácita. Así puede constatarse en la SAP de La Coruña, Sec. 3.^a, de 29 de septiembre de 2016, que en un caso de permutas financieras, en las que se han suscrito varios swaps y ha habido liquidaciones positivas y negativas, señala⁷⁶:

«En definitiva, por todo lo que queda expuesto, no es de recibo afirmar que se ha dado al cliente una información completa y adecuada para formar correctamente el consentimiento, la desinformación se traduce en la existencia de un vicio esencial del consentimiento, lo que hace que el consentimiento prestado adolezca de un error esencial e invalidante, no imputable al actor, lo que debe llevarnos a acordar el perezimiento de cuántos motivos de apelación han sido invocados en la alzada por la demandada-apelante y, consecuentemente, con ello, a que se confirme la Sentencia de primera instancia».

En otras ocasiones sí se refiere y aplica expresamente la doctrina contenida en la jurisprudencia examinada en este trabajo. Así la SAP de Navarra, Sec. 3.^a, de 27 de junio de 2016, en un supuesto de participaciones preferentes y deuda subordinada con canje del FROB indica⁷⁷:

«No cabe entender, también en contra de la tesis defendida por la entidad bancaria demandada, que se hubiera producido la confirmación tácita de los contratos, por las razones que ya se expusieron en la Sentencia del Pleno núm. 168/2015, antes citada.

La confirmación tácita de los contratos solo se produce cuando con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo cesado dicha causa, se ejecuta, por quien está legitimado, un acto inequívoco que implica necesariamente la voluntad de renunciar a ella.

Si el consentimiento inicialmente viciado por un conocimiento equivocado de la realidad se reitera más adelante cuando el error vicio ha desaparecido, el negocio inicial respecto al que operó la declaración de voluntad dejará de ser atacable en virtud de aquel error inicial, luego superado a través de actos de significado inequívoco, pero esta circunstancia no se da en el caso ahora enjuiciado, ya que el canje obligatorio impuesto por el FROB no es desde luego un acto que quepa atribuir a los actores, y la aceptación de la oferta de adquisición de las acciones no negociables recibidas a cambio de las participaciones preferentes y deuda subordinada, tampoco integra un acto voluntario en cuanto no existía en realidad otra alternativa razonable para los titulares de las acciones canjeadas, atendidas las circunstancias por las que atravesaba la entidad intervenida.

Las especiales circunstancias concurrentes en el caso, —esto es, la imposición a los actores por disposición administrativa adoptada en el marco de la intervención de la entidad demandada, de la transmisión de las obligaciones preferentes y deuda subordinada, y de la reinversión de lo obtenido en acciones no negociables de Catalunya Banc seguida de la aceptación de oferta para su adquisición efectuada por el FGD, impiden considerar que nos encontremos ante un supuesto en que la transmisión del bien adquirido a consecuencia del negocio anulable por error vicio (las obligaciones preferentes y deuda subordinada), venga a constituir un supuesto de confirmación tácita previsto en el artículo 1311 Código Civil, identificándolo con una acto que implique necesariamente la voluntad de renunciar a ejercitar la oportuna acción de nulidad.

La confirmación tácita de un negocio (al igual que la expresa) es una manifestación de la voluntad de continuar vinculado por el mismo, sanando los déficits de que pudiera adolecer, una vez se ha constatado la concurrencia de la causa de nulidad, por quien tiene derecho a invocarla. Ocurre que en la forma tácita el comportamiento que revela el ánimo confirmatorio no va dirigido a expresar dicha voluntad, pero se infiere inequívocamente del mismo. En este sentido, puede hallarse aquí una relación con la doctrina que impide ir contra los actos propios.

Es evidente que a quien se le impuso coactivamente «canjear» sus obligaciones preferentes por acciones no se le puede luego imputar que realizara un «acto propio» en sentido jurídico (es decir, voluntario y dirigido a causar estado) ni tampoco que dicho acto no voluntario revele de forma inequívoca una determinada voluntad (SSTSJ de Navarra 12 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1713), 28 de octubre de 1999 (RJ 1999, 9744), 17 de octubre de 2003 (RJ 2003, 8689); SSTS de 17 de julio de 1987 (RJ 1987, 9978), 31 de enero de 1995 (RJ 1995, 291) y 22 de octubre de 2002 (RJ 2002, 8970)).

Con esa transmisión y reinversión, las preferentes y subordinadas salieron del patrimonio de los actores, de manera que ya entonces no hubiera sido posible reintegrarlas en ejecución de una eventual Sentencia que declarara la nulidad del negocio originario por el que fueron adquiridas por aquellos».

En ese mismo sentido, la SAP de Madrid, Sec. 20.^a, de 19 de octubre de 2016, tras citar y reproducir la STS de 3 de febrero de 2016, en un caso de swaps con cobro de liquidaciones positivas y cancelaciones comenta⁷⁸:

«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, 1310, 1311 y 1313 del Código Civil.

(...)

Pues bien, aplicando dicha doctrina al caso presente, en el que al igual que en el que contempla la Sentencia de Tribunal Supremo referida, ha existido un vínculo negocial inescindible y continuado, al venir motivadas las cancelaciones para enjugar las pérdidas del producto, no puede considerarse que al cancelar los dos contratos de swap el 28 de diciembre de 2010, se confirmara o convalidara la posible nulidad que pudiera afectar a los mismos».

Por lo tanto, en las resoluciones analizadas puede observarse cómo la jurisprudencia menor sigue de una manera más o menos expresa la doctrina asentada en las sentencias estudiadas en este artículo, descartando la aplicación de la confirmación tácita en la inmensa mayoría de los litigios sobre productos bancarios o de inversión.

IV. CONCLUSIONES

De la jurisprudencia menor, doctrina y principalmente de las resoluciones comentadas del Tribunal Supremo pueden extraerse las siguientes conclusiones sobre la aplicación de la doctrina de los actos propios en los litigios sobre productos bancarios, financieros o de inversión:

I. Los negocios jurídicos anulables se pueden confirmar tácitamente cuando concurre un conocimiento de la causa de nulidad, tal causa ha cesado, quien actúa está legitimado y dicho comportamiento consiste en un acto que supone sin equívocos dar cumplimiento al contrato.

II. Se había mantenido un debate doctrinal sustentado en pronunciamientos contradictorios de las Audiencias Provinciales sobre la posibilidad de aplicar la doctrina de los actos propios en determinados supuestos de pleitos sobre alegados vicios en el consentimiento otorgados en la adquisición de productos bancarios o de inversión. Principalmente se postulaba su aplicación cuando se suscribía

varias veces el mismo o un producto similar, cuando se recibían durante años y sin quejas tanto liquidaciones positivas como negativas, cuando se canjeaba el producto y se vendían las acciones recibidas en virtud del canje o cuando se cancelaba el producto de común acuerdo e incluso se abonaba un coste de cancelación por ello.

III. La mayoría de la jurisprudencia menor era contraria a aplicar la confirmación tácita a los casos descritos.

IV. El Tribunal Supremo ha confirmado la jurisprudencia menor mayoritaria, estableciendo que por 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 o el canje del producto impuesto por el FROB con la venta de las acciones resultantes del referido canje, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio jurídico genéticamente viciado por error en el consentimiento. Lo cual sumado a las particularidades de los casos resueltos en las diversas sentencias (7 contrataciones dilatadas en el tiempo o cancelación de un producto con la asistencia de un abogado del actor), parece rechazar tajantemente la aplicación de la confirmación tácita en esta clase de procesos.

V. Las Audiencias Provinciales han continuado aplicando la doctrina mayoritaria anterior, siguiendo en algunas ocasiones de manera expresa los postulados de las sentencias analizadas en este estudio.

V. BIBLIOGRAFÍA

- CARRASCO PERERA, Á. (2014). Aventuras, inventos y mixtificaciones, en el debate relativo a las participaciones preferentes, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 133, enero-marzo de 2014.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1991). *Comentario del Código Civil*, T. II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE, L. (2007). *Fundamentos de Derecho Patrimonial I*, 6.ª ed., Civitas, Madrid.
- GARCÍA ANGULO, B. L. (2011). *Nulidad de los contratos Swap en la jurisprudencia*, Eolas.
- GARCÍA-PITA LASTRES, J. L. (2009). *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo XXXIX, V. 5.º, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A. (coords.) (2013). *Derecho Mercantil. La contratación bancaria*, V. 7.º, 15.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- JUAN GÓMEZ, M. (2011). Aproximación práctica a la figura del *interest rate swap* o permuta financiera de tipos de interés, *Diario La Ley*, núm. 7581, Sección Doctrina, 3 marzo 2011, Año XXXII.
- MARÍN NARROS, H. D. (2015). Estudio sobre las cuestiones controvertidas recurrentes en los pleitos de participaciones preferentes conforme a las SSTs de 18 de abril de 2013 y de 8 de septiembre de 2014, así como la jurisprudencia menor, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 748.
- (2013). Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los *swaps*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737.
- MAYORGA TOLEDANO, M. C. (2013). Información, diligencia y responsabilidad contractual: clientes minoristas versus participaciones preferentes. Reflexiones al hilo de la SAP de Jaén de 28 de enero de 2013, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2-2013.

- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á. (dirs.) (2014). *Leciones de Derecho Mercantil*, V. II, ed. 12.^a, Civitas, Madrid.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013). Canje de participaciones preferentes por acciones y efectos sobre la acción de anulación del contrato por vicio del consentimiento, *Diario La Ley*, núm. 8036, Sección Doctrina, 5 Mar. 2013, Año XXXIV.
- PUYOL MONTERO, F. J. y FLUITERS CASADO, R. (dirs.) (2004). *Contratos bancarios*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

VI. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL

- STS de 5 de noviembre de 1987
- STS de 16 de febrero de 1988
- STS de 10 de octubre de 1988
- STS de 15 de junio de 1989
- STS de 27 de julio de 1990
- STS de 6 de noviembre de 1990
- STS de 27 de noviembre de 1991
- STS de 4 de junio de 1992
- STS de 10 de noviembre de 1992
- STS de 31 de enero de 1995
- STS de 27 de enero de 1996
- STS de 14 de octubre de 1998
- STS de 21 de mayo de 2001
- STS de 25 de enero de 2002
- STS de 22 de octubre de 2002
- STS de 7 de junio de 2010
- STS de 27 de febrero de 2013
- STS de 18 de abril de 2013
- STS de 12 de enero de 2015
- STS de 15 de octubre de 2015
- STS de 1 de febrero de 2016
- STS de 3 de febrero de 2016
- STS de 16 de marzo de 2016

RESOLUCIONES DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Asturias, Sec. 5.^a, de 23 de julio de 2010
- SAP de Ávila, Sec. 1.^a, de 27 de enero de 2011
- SAP de Asturias, Sec. 4.^a, de 14 de febrero de 2011
- SAP de Asturias, Sec. 4.^a, de 2 de marzo de 2011
- SAP de Asturias, Sec. 5.^a, de 17 de marzo de 2011
- SAP de Álava, Sec. 1.^a, de 14 de abril de 2011
- SAP de Badajoz, Sec. 2.^a, de 17 de mayo de 2011
- SAP de Asturias, Sec. 4.^a, de 30 de mayo de 2011
- SAP de Burgos, Sec. 2.^a, de 2 de junio de 2011
- SAP de Madrid, Sec. 10.^a, de 27 de marzo de 2012
- SAP de Álava, Sec. 1.^a, de 11 de mayo de 2012

- SAP de Pontevedra, Sec. 6.^a, de 11 de junio de 2012
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sec. 3.^a, de 13 de junio de 2012
- SAP de Álava, Sec. 1.^a, de 29 de junio de 2012
- SAP de Guipúzcoa, Sec. 2.^a, de 29 de junio de 2012
- SAP de Madrid, Sec. 10.^a, de 3 de julio de 2012
- SAP de Álava, Sec. 1.^a, de 18 de julio de 2012
- SAP de Guipúzcoa, Sec. 3.^a, de 25 de julio de 2012
- SAP de Castellón, Sec. 3.^a, de 26 de octubre de 2012
- SAP de Alicante, Sec. 3.^a, de 20 de marzo de 2013
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 4 de abril de 2013
- SAP de Lugo, Sec. 1.^a, de 15 de abril de 2014
- SAP de León, Sec. 2.^a, de 7 de mayo de 2014
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 9 de mayo de 2014
- SAP de Cuenca, Sec. 1.^a, de 22 de marzo de 2016
- SAP de Navarra, Sec. 3.^a, de 27 de junio de 2016
- SAP de las Islas Baleares, Sec. 4.^a, de 30 de junio de 2016
- SAP de Barcelona, Sec. 13.^a, de 15 de septiembre de 2016
- SAP de La Coruña, Sec. 3.^a, de 29 de septiembre de 2016
- SAP de Madrid, Sec. 20.^a, de 19 de octubre de 2016

NOTAS

¹ (A nadie le es lícito ir contra sus propios actos). Cfr. SAP de las Islas Baleares, Sec. 4.^a, de 30 de junio de 2016.

² (No vale contravenir los actos propios). Cfr. JUAN GÓMEZ, M. (2011). Aproximación práctica a la figura del *interest rate swap* o permuta financiera de tipos de interés, *Diario La Ley*, núm. 7581, Sección Doctrina, 3 de marzo de 2011, Año XXXII.

³ Cfr. SSTs de 25 de enero de 2002 y de 27 de febrero de 2013, entre otras muchas.

⁴ Cfr. STS de 22 de octubre de 2002 y SAP de las Islas Baleares, Sec. 4.^a, de 30 de junio de 2016.

⁵ Cfr. artículo 1310 del Código Civil que establece: «solo son confirmables los contratos que reúnan los requisitos expresados en el artículo 1261».

⁶ Cfr. JUAN GÓMEZ, M., *op. cit.*, DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1991). *Comentario del Código Civil*, T. II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, p. 541, GARCÍA ANGULO, B. L. (2011). *Nulidad de los contratos Swap en la jurisprudencia*, *Eolas* p. 52, Díez-PICAZO Y PONCE, L. (2007). *Fundamentos de Derecho Patrimonial I*, 6.^a ed., Civitas, Madrid, p. 606. En concreto el artículo 1309 del Código Civil dispone: «La acción de nulidad queda extinguida desde el momento en que el contrato haya sido confirmado válidamente». Por su parte el precepto 1311 del Código Civil establece: «La confirmación puede hacerse expresa o tácitamente. Se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo esta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo».

⁷ Cfr. JUAN GÓMEZ, M., *op. cit.*

⁸ Aunque determinados autores postulan su autonomía. Cfr. JUAN GÓMEZ, M., *op. cit.* y GARCÍA ANGULO, B. L., *op. cit.*, p. 52. Algunas sentencias como la SAP de Madrid, Sec. 20.^a, de 19 de octubre de 2016 también resuelven de forma separada ambas figuras jurídicas, aunque las consecuencias jurídicas y los razonamientos parecen ser los mismos. Pero otras lo resuelven y tratan de manera indistinta. Cfr. SSAP de Navarra, Sec. 3.^a, de 27 de junio de 2016 y de La Coruña, Sec. 3.^a, de 29 de septiembre de 2016.

⁹ Se requiere un conocimiento del carácter ineficaz del contrato y de la posibilidad práctica de la eliminación de sus efectos jurídicos, pero no un total conocimiento de orden técnico jurídico respecto de la titularidad de la acción y de la naturaleza de esta. Cfr. Díez-PICAZO Y PONCE, L., *op. cit.*, p. 604.

¹⁰ La legitimación le corresponde a quien pertenece el poder de provocar la anulación. Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE, L., *op. cit.*, p. 604.

¹¹ Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE, L., *op. cit.*, pp. 604 y 605, SAP de Guipúzcoa, Sec. 2.ª, de 29 de junio de 2012.

¹² Cfr. SSTs de 5 de noviembre de 1987, de 15 de junio de 1989, de 27 de julio de 1990, de 31 de enero de 1995 y de 27 de enero de 1996; SSAP de Cuenca, Sec. 1.ª, de 22 de marzo de 2016 y de las Islas Baleares, Sec. 4.ª, de 30 de junio de 2016.

¹³ Cfr. SSTs de 16 de febrero de 1988, de 6 de noviembre de 1990 y de 27 de noviembre de 1991.

¹⁴ Cfr. SSTs de 10 de octubre de 1988, de 4 de junio de 1992 y de 10 de noviembre de 1992 entre otras.

¹⁵ Vid. GARCÍA-PITA LASTRES, J. L. (2009). *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo XXXIX, V. 5.º, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, Jiménez Sánchez, G. J. y Díaz Moreno, A. (coords.) (2013). *Derecho Mercantil. La contratación bancaria*, V. 7.º, 15.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, Menéndez Menéndez, A. y Rojo Fernández-Río, Á. (dirs.) (2014). *Lecciones de Derecho Mercantil*, V. II, ed. 12.ª, Civitas, Madrid, Puyol Montero, F. J. y Fluiters Casado, R. (dirs.) (2004). *Contratos bancarios*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

¹⁶ Vid. SSAP de Lugo, Sec. 1.ª, de 15 de abril de 2014, de León, Sec. 2.ª, de 7 de mayo de 2014, de Pontevedra, Sec. 1.ª, de 9 de mayo de 2014, JUAN GÓMEZ, M., *op. cit.* y GARCÍA ANGULO, B. L., *op. cit.*, pp. 51 y sigs., CARRASCO PERERA, Á. (2014). Aventuras, inventos y mixtificaciones, en el debate relativo a las participaciones preferentes, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 133, enero-marzo 2014, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013). Canje de participaciones preferentes por acciones y efectos sobre la acción de anulación del contrato por vicio del consentimiento, *Diario La Ley*, núm. 8036, Sección Doctrina, 5 de marzo de 2013, Año XXXIV.

¹⁷ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.

¹⁸ Cfr. JUAN GÓMEZ, M., *op. cit.*, MARÍN NARROS, H. D. (2013) Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los swaps, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737 y (2015) Estudio sobre las cuestiones controvertidas recurrentes en los pleitos de participaciones preferentes conforme a las SSTs de 18 de abril de 2013 y de 8 de septiembre de 2014, así como la jurisprudencia menor, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 748.

¹⁹ Vid., SSAP de Asturias, Sec. 4.ª, de 14 de febrero de 2011, de Asturias, Sec. 4.ª, de 2 de marzo de 2011, de Asturias, Sec. 5.ª, de 17 de marzo de 2011, de Badajoz, Sec. 2.ª, de 17 de mayo de 2011, de Asturias, Sec. 4.ª, de 30 de mayo de 2011 y de Burgos, Sec. 2.ª, de 2 de junio de 2011.

²⁰ En concreto dice: «El hecho de que los demandantes hayan conservado participaciones preferentes de BNP adquiridas junto con las de Lehman Brothers, siendo cierto que supone un dato discordante en la solución del recurso, no puede por sí solo eximir de responsabilidad a BBVA». Cfr. Fundamento de Derecho Séptimo.

²¹ Cfr. Fundamento Jurídico Octavo.

²² Cfr. SSAP de Guipúzcoa, Sec. 2.ª, de 29 de junio de 2012 y de Álava, Sec. 1.ª, de 18 de julio de 2012.

²³ Cfr. SAP de Guipúzcoa, Sec. 3.ª, de 25 de julio de 2012.

²⁴ Cfr. SSAP de Asturias, Sec. 4.ª, de 14 de febrero de 2011 y de Álava, Sec. 1.ª, de 11 de mayo de 2012.

²⁵ Cfr. SSAP de Badajoz, Sec. 2.ª, de 17 de mayo de 2011 y de Burgos, Sec. 2.ª, de 2 de junio de 2011.

²⁶ Cfr. SSAP de Asturias, Sec. 4.ª, de 30 de mayo de 2011 y de Burgos, Sec. 2.ª, de 2 de junio de 2011.

²⁷ Cfr. Fundamento Jurídico Quinto.

²⁸ Cfr. GARCÍA ANGULO, B. L., *op. cit.*, p. 52. De manera similar respecto a participaciones preferentes vid., MAYORGA TOLEDANO, M. C. (2013), Información, diligencia y responsabilidad contractual: clientes minoristas versus participaciones preferentes. Reflexiones al hilo de la SAP de Jaén de 28 de enero de 2013, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2013.

²⁹ Cfr. Fundamento de Derecho Primero.

- ³⁰ Cfr. Fundamento de Derecho Primero.
³¹ Cfr. Fundamento de Derecho Primero.
³² Cfr. Fundamento de Derecho Segundo.
³³ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.
³⁴ Cfr. Fundamento de Derecho Primero.
³⁵ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero II.
³⁶ *Vid., ut supra* apartado I.
³⁷ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero II.
³⁸ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero II.
³⁹ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero II.
⁴⁰ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero II.
⁴¹ Cfr. JUAN GÓMEZ, M., *op. cit.* y MARÍN NARROS, H. D., *op. cit.*
⁴² Cfr. Fundamento de Derecho Tercero I.
⁴³ Cfr. SSAP de Álava, Sec. 1.ª, de 11 de mayo de 2012 y de 29 de junio de 2012, de Santa Cruz de Tenerife, Sec. 3.ª, de 13 de junio de 2012 y STS de 3 de febrero de 2016, entre otras muchas.
⁴⁴ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero II.
⁴⁵ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero II.
⁴⁶ Cfr. Fundamento de Derecho Primero.
⁴⁷ Cfr. Fundamento de Derecho Primero.
⁴⁸ Cfr. Fundamento de Derecho Primero.
⁴⁹ Cfr. Fundamento de Derecho Segundo.
⁵⁰ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.
⁵¹ Cfr. STS de 17 de diciembre de 2015. *Vid., ut supra* apartado II1b).
⁵² Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.
⁵³ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.
⁵⁴ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.
⁵⁵ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero. Este posicionamiento también se encuentra en la STS de 17 de diciembre de 2015.
⁵⁶ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.
⁵⁷ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.
⁵⁸ En este caso únicamente se instaba la nulidad de un *swap*.
⁵⁹ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.
⁶⁰ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.
⁶¹ Cfr. Antecedente de Hecho Primero.
⁶² Cfr. Fundamento de Derecho Primero.
⁶³ Cfr. Fundamento de Derecho Primero.
⁶⁴ Cfr. Fundamento de Derecho Segundo.
⁶⁵ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.
⁶⁶ Cfr. Fundamento de Derecho Primero.
⁶⁷ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.
⁶⁸ *Vid., ut supra* apartado II.1b) y 2b).
⁶⁹ Cfr. SSTs de 14 de octubre de 1998 y de 15 de octubre de 2015, entre otras.
⁷⁰ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.
⁷¹ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.
⁷² Siglas que responden a «fondo de reestructuración ordenada bancaria». Para más información sobre este organismo *vid.* Menéndez Menéndez, A. y Rojo Fernández-Río, Á. (dirs.), *op. cit.*, pp. 218 y sigs.
⁷³ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.
⁷⁴ Cfr. Fundamento de Derecho Quinto.
⁷⁵ Cfr. Fundamento de Derecho Quinto.
⁷⁶ Cfr. Fundamento de Derecho Segundo.
⁷⁷ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.
⁷⁸ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.