



Roj: **STS 538/2017 - ECLI:ES:TS:2017:538**

Id Cendoj: **28079110012017100087**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/02/2017**

Nº de Recurso: **2850/2013**

Nº de Resolución: **82/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BU 421/2013,**
STS 538/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 14 de febrero de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Banco Santander S.A., representado por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo, bajo la dirección letrada de D. Ernesto Benito Sancho y D. Manuel Muñoz García-Liñán, contra la sentencia núm.133/2013, de 8 de mayo, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Burgos, en el recurso de apelación núm. 379/2012, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 115/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Burgos. Ha sido parte recurrida Alquileres Las Huelgas S.L., Proyectos y Promociones del Norte S.L., Fincas y Alquileres Siglo XXI y Forjados Burgaleses S.L., representados por el procurador D. Antonio Rodríguez Nadal y bajo la dirección letrada de D.ª Susana Santamaría Santamaría.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Miguel Ángel Esteban Ruíz, en nombre y representación de Alquileres Las Huelgas S.L., Proyectos y Promociones del Norte S.L., Fincas y Alquileres Siglo XXI S.L y Forjados Burgaleses S.L interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Santander Central Hispano S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

«Primero: Declare la nulidad de los contratos de confirmación de permuta financiera de tipos de interés y sus anexos de funcionamiento acompañados como documentos nº 8, 9, 28, 29,50, 51, 68 y 69, así como nulos los acuerdos de cancelación acompañados como documentos nº 82, 83, 84 y 85, suscritos respectivamente por los actores que encabezan la presente reclamación, así como cuantos otros sea necesario anular para la eficacia de cuanto aquí se pretende.

»Segundo: Condene a la demandada a estar y pasar por tal declaración, debiendo volver las partes a la situación en la que se encontraban con anterioridad a la firma de los referidos contratos y, en su consecuencia, condenando a BANCO SANTANDER, a la devolución de las cantidades que se determinarán en ejecución de sentencia y que se deducirán de restar las cantidades abonadas a los actores por el banco de las cantidades cobradas por éste a aquellos, hasta la fecha de la cancelación de los contratos.

»Tercero: Subsidiariamente, declare la nulidad por abusivo, el contenido del punto 2 de los documentos de confirmación de permuta financiera de tipos de interés acompañados con los números 8, 28, 50 y 68, así como el contenido de los puntos dedicados a DEFINICIÓN Y CONSIDERACIONES consignados en los documentos



anexos de FUNCIONAMIENTO PRODUCTOS SWAP CONVERTIBLE acompañados como documentos nº 9, 29, 51 y 69, así como nulo e improcedentes el cálculo pretendidos para el precio de cancelación, y por tanto el importe abonado por este concepto por mis mandantes, así como las liquidaciones de cada una de las permutas de financieras de tipos de interés (documentos 8, 28, 50 y 68), acaecidas con posterioridad al 20 de noviembre de 2008, y hasta la cancelación de las mismas, condenando al Banco Santander a recalcular todas esas liquidaciones y la cancelación de las operaciones bajo la perspectiva del efectivo ejercicio de la opción unilateral de conversión, es decir, abonando mis mandantes el tipo variables aplicable según cada fecha menos el diferencial pactado en los contratos.

»Cuarto: Se condene al pago de las costas procesales a la parte demandada, no sólo por la estimación de las pretensiones de Esta Parte, sino también por su mala fe contractual».

2.- La demanda fue presentada el 10 de febrero de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Burgos, fue registrada con el núm. 115/2011 . Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Eusebio Gutiérrez Gómez, en representación de Banco Santander S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...]dicte en su día sentencia desestimatoria de las pretensiones de la demanda, con expresa condena en costas»

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Burgos dictó sentencia núm. 313/2012, de 3 de septiembre , con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Que desestimando como desestimo la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Esteban Ruiz, en representación de Alquileres Las Huelgas, S.L., Proyectos y Promociones del Norte, S.L., Fincas y Alquileres Siglo XXI, S.L., y Forjados Burgaleses, S.L., contra Banco Santander Central Hispano, S.A. (BSCH), representada por el Procurador Sr. Gutiérrez Gómez, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra, con imposición a las actoras de las costas procesales causadas».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Alquileres Las Huelgas S.L., Proyectos y Promociones del Norte S.L. , Fincas y Alquileres Siglo XXI S.L, Forjados Burgaleses S.L.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Burgos, que lo tramitó con el número de rollo 379/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 8 de mayo de 2013 , cuya parte dispositiva dice:

«FALLAMOS: Estimar parcialmente el Recurso de Apelación interpuesto por el Procurador D. Miguel Angel Esteban Ruiz en nombre de ALQUILERES LAS HUELGAS, S.L., PROYECTOS Y PROMOCIONES DEL NORTE, S.L., FORJADOS BURGALÉSES, S.L., y FINCAS Y ALQUILERES SIGLO XXI, S.L. contra la Sentencia de fecha 3 de septiembre de 2012 dictada por la Ilma. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Burgos y con estimación parcial de la demanda, procede realizar las siguientes declaraciones y condenas:

1ª.- Se declara la nulidad del punto último del apartado "consideraciones" del "Anexo Funcionamiento producto Swap convertible", incluido en los documentos 9- 29-51-69 de la demanda, y se declara la nulidad de cada uno de los documentos denominados "Acuerdo de cancelación anticipada" de los documentos nº 82-83- 84 y 85 de la demanda.

2ª.- Se desestiman el resto de las peticiones del suplico de la demanda y se confirma la Sentencia apelada en lo que no resulte afectada por esta Resolución.

3ª.- No se hace expresa imposición de costas en ninguna de las instancias del proceso».

3.- Las representaciones de las partes solicitaron la aclaración y complemento de dicha sentencia, por auto de fecha 26 de julio de 2013 se desestimó la solicitud de la sociedad demandada y se estimó la solicitud de aclaración del punto 1º del fallo de la anterior sentencia articulado por la demandante-apelante en el único sentido de añadir: «...y de las cuantías objeto de cancelación».

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- El procurador D. Eusebio Gutiérrez Gómez, en representación de Banco Santander S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:



«Primero.- Al amparo del artículo 469.1.2º de la LEC , en relación con el art. 24 de la Constitución Española y los artículos 465.5 , 216 y 218 de la LEC y la jurisprudencia que los desarrolla y que se cita en el presente motivo, respecto a la incongruencia *extrapetita* de la sentencia recurrida y la infracción de los principios dispositivo y de justicia rogada.

»Segundo.- Al amparo del artículo 469.1.2º de la LEC , en relación con el art. 24 de la Constitución Española y el artículo 218 de la LEC y la jurisprudencia que lo desarrolla y que se cita en el presente motivo, respecto a la incongruencia entre la fundamentación jurídica y el fallo de la sentencia (incongruencia interna).

»Tercero.- Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC , en relación con el artículo 24.1 de la Constitución Española y los artículos 326 de la LEC y la jurisprudencia que los desarrolla, y que se cita en el presente motivo, respecto a la práctica de la prueba y la consiguiente valoración de la misma, al llevarse a cabo por la sentencia recurrida una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de razonabilidad constitucionalmente exigible».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 477.1 de la LEC , por infracción de los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil y la jurisprudencia que los interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida estima la pretensión de nulidad de la cláusula de cancelación anticipada de los contratos de permuta financiera, cuando no procede declarar la nulidad de parte del contrato sobre la base de error en el consentimiento.

»Segundo.- Al amparo del artículo 477.1 de la LEC , por infracción de los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil y la jurisprudencia que los interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida estima la pretensión de nulidad de la cláusula de cancelación anticipada y de los acuerdo de cancelación anticipada de los contratos de permuta financiera sobre la base de error en el consentimiento, cuando no se han acreditado los requisitos para ello según lo previsto en los artículos citado y la jurisprudencia que los desarrolla».

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 la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 29 de junio de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la entidad Banco de Santander, S.A contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 8 de mayo de 2013, por la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2ª, en el rollo de apelación nº 379/2012 , dimanante del juicio ordinario 115/2011, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Burgos».

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

4.- Por providencia de 25 de noviembre de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 8 de febrero de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- El 16 de noviembre de 2007, el Banco de Santander S.A. celebró los siguientes contratos de permuta financiera con las sociedades mercantiles que a continuación se indican:

1.1.- Confirmación de permuta financiera de tipos de interés (swap de tipos de interés con opción de conversión unilateral, con Alquileres Las Huelgas S.L.

1.2.- Contrato de igual denominación con Fincas y Alquileres Siglo XXI S.L.

1.3.- Contrato igualmente denominado con Forjados Burgaleses S.L.

1.4.- Contrato con la misma denominación con Proyectos y Promociones del Norte S.L.

2.- Las mencionadas sociedades cancelaron los indicados contratos, con un coste total, una vez deducidas las cantidades liquidadas a su favor, de 1.968.803,20 ?.

3.- Alquileres Las Huelgas S.L., Fincas y Alquileres Siglo XXI S.L., Forjados Burgaleses S.L. y Proyectos y Promociones del Norte S.L. demandaron a Banco Santander S.A. en solicitud de la declaración de nulidad por vicio del consentimiento -error insuperable e invencible- de los indicados cuatro contratos de permuta financiera y de los acuerdos de cancelación de cada uno de ellos, así como a que se condenara a la demandada



a la restitución de 1.968.803,20 €. Subsidiariamente, solicitaron la nulidad de las cláusulas de cancelación anticipada insertas en tales contratos.

4.- El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, al no apreciar la existencia de error en el consentimiento. Recurrida dicha sentencia por la parte actora, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación y, con ello, también en parte la demanda, por lo que declaró la nulidad de los documentos denominados «Acuerdo de cancelación anticipada».

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- *Primer motivo de infracción procesal. Incongruencia extra petita.*

Planteamiento:

1.- El primer motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1.2º, en relación con el art. 24 CE, por infracción de los arts. 465.5, 216 y 218 LEC, al haber incurrido la sentencia en incongruencia *extra petita* y vulneración de los principios dispositivo y de justicia rogada.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que la sentencia de segunda instancia resolvió sobre una cuestión que no había sido planteada en el recurso de apelación, puesto que lo que las recurrentes postularon en su recurso fue la nulidad de los contratos de permuta financiera, no la de las cláusulas de cancelación anticipada.

Decisión de la Sala:

1.- La lectura del recurso de apelación formulado por los demandantes contra la sentencia de primera instancia no abona lo sostenido en este motivo de infracción procesal. En la tercera alegación del recurso, titulada «[I]teralidad del contrato. Las cláusulas de regulación de la opción unilateral de conversión son abusivas y deben ser declaradas nulas, de acuerdo con el suplico de nuestra demanda», se aborda directamente el problema de la nulidad de las cláusulas de cancelación anticipada de los contratos y se solicita expresamente que se resuelva conforme a lo postulado en la demanda.

Como quiera que, a su vez, en la petición subsidiaria de la demanda se solicitaba la nulidad de tales cláusulas, resulta evidente que la sentencia recurrida no vulnera el art. 465.5 LEC, ni incurrió en incongruencia.

2.- En su virtud, este primer motivo de infracción procesal debe ser desestimado.

TERCERO.- *Segundo motivo de infracción procesal. Incongruencia interna de la sentencia.*

Planteamiento :

1.- Este segundo motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1.2º LEC, en relación con el art. 24 CE, por infracción del art. 218 LEC, por incongruencia entre la fundamentación jurídica y el fallo de la sentencia.

2.- Al desarrollarse el motivo, se aduce, resumidamente, que resulta incongruente rechazar la pretensión de anulabilidad de los acuerdos de cancelación en la fundamentación de la sentencia y estimar dicha pretensión en el fallo.

Decisión de la Sala:

1.- Como hemos dicho, entre otras muchas, en las sentencias 169/2016, de 17 de marzo, 490/2016, de 14 de julio, y 690/2016, de 23 de noviembre, la congruencia a la que se refiere el art. 218.1 LEC es la denominada «congruencia externa», es decir, la que requiere correlación entre los pedimentos de las partes y los pronunciamientos de la resolución judicial. Mientras que la llamada «congruencia interna» se refiere a la coherencia o correspondencia entre lo razonado y lo resuelto, a fin de que no haya contradicción entre la fundamentación jurídica y el fallo. Estos casos de incongruencia interna han sido considerados por el Tribunal Constitucional como lesivos del derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, puesto que la contradicción entre la fundamentación y el fallo de una resolución no es un vicio de incongruencia, sino un defecto de motivación, al ser la que resulta, irrazonable y contradictoria (por todas, SSTC 42/2005, de 28 de febrero; 140/2006, de 8 de mayo; y 127/2008, de 27 de octubre); y por eso, su ámbito de inclusión en un recurso por infracción procesal se encuentra en el número 4º del artículo 469.1 LEC, y no en el nº 2, como incorrectamente ha efectuado la parte recurrente (sentencias de esta Sala 634/2015, de 10 de noviembre; 356/2016, de 30 de mayo; y 543/2016, de 14 de septiembre).

2.- No solo se ha utilizado un cauce procesal incorrecto, sino que, además, no se denuncia realmente la existencia de contradicción entre la fundamentación jurídica y el fallo, sino entre lo argumentado en la sentencia y lo razonado en el auto de aclaración. En cualquier caso, no hay tal contradicción, puesto que la



sentencia de la Audiencia Provincial afirma la nulidad tanto de las cláusulas contractuales donde se regulaba la posibilidad de cancelación anticipada como de los propios acuerdos de cancelación, de los que dice expresamente que también adolecieron de falta de información y transparencia, por lo que coherentemente con lo argumentado, declara su nulidad en el fallo.

3.- En consecuencia, este segundo motivo de infracción procesal debe seguir la misma suerte desestimatoria que el anterior.

CUARTO.- *Tercer motivo de infracción procesal. Valoración arbitraria e ilógica de la prueba.*

Planteamiento:

1.- El tercer motivo de infracción procesal se formula con base en el art. 469.1.4º LEC , en relación con los arts. 24 CE y 326 LEC , al realizar la sentencia recurrida una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica de la prueba practicada.

2.- Al desarrollarse el motivo, se aduce, sintéticamente, que al valorar la Audiencia Provincial los documentos en que constan los acuerdos de cancelación incurre en arbitrariedad e irracionalidad, puesto que los contratos contemplaban específicamente la posibilidad de cancelación anticipada por acuerdo entre las partes y se remiten expresamente a las condiciones económicas de tales cancelaciones que constaban en el contrato marco de operaciones financieras (CMOF). Por tanto, la conclusión de que no hubo información sobre las cancelaciones y su coste no supera el test de racionalidad constitucionalmente exigible.

Decisión de la Sala:

1.- Es jurisprudencia constante de esta Sala que en nuestro sistema procesal civil no cabe una tercera instancia y para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso extraordinario de infracción procesal, con fundamento en el art. 469.1.4º LEC , debe ser de naturaleza fáctica y no de valoración jurídica, y de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE . En las sentencias núm. 418/2012, de 28 de junio , 262/2013, de 30 de abril , 44/2015, de 17 de febrero , 303/2016, de 9 de mayo , 411/2016, de 17 de junio , 460/2016, de 5 de julio , 543/2016, de 14 de septiembre , y 642/2016, de 26 de octubre (entre otras muchas), tras reiterar la excepcionalidad de un control, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de segunda instancia, recordamos que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

2.- Sobre tales bases, lo que se impugna no es propiamente una conclusión fáctica, ni una valoración probatoria, sino una valoración jurídica, relativa a la suficiencia de las especificaciones contenidas en los contratos litigiosos sobre el alcance y consecuencias de su cancelación anticipada. Cuestión sustantiva que, en su caso, ha de ser combatida en el recurso de casación. Por lo que este tercer motivo de infracción procesal también debe ser desestimado.

Recurso de casación

QUINTO.- *Primer motivo de casación. Nulidad parcial por error en el consentimiento. Improcedencia.*

Planteamiento:

1.- El primer motivo de casación se formula al amparo del art. 477.1 LEC , por infracción de los arts. 1265 y 1266 CC y la jurisprudencia que los interpreta.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que la jurisprudencia ha declarado que, cuando concurre error en el consentimiento, el defecto afecta a todo el contrato, por lo que no cabe la posibilidad de que se anule solamente una parte del mismo.

Decisión de la Sala :

1.- La cuestión suscitada en este motivo de casación ha sido ya resuelta por esta Sala, por ejemplo, en sentencias 380/2016, de 3 de junio , y 450/2016, de 1 de julio . Como hemos concluido en tales resoluciones, la nulidad por error vicio del consentimiento, en los términos de los arts. 1265 y 1266 CC , conlleva la nulidad de la totalidad del contrato y no solo de una de sus cláusulas, en este caso, la relativa a la cancelación anticipada.

Si el error es sustancial y relevante, y además inexcusable, podría viciar el contrato en su conjunto, pero no es posible declarar por este motivo la nulidad de una parte, con la subsistencia del resto del contrato.



2.- Al haber declarado la sentencia recurrida la nulidad de una única estipulación contractual, con permanencia de las demás, ha infringido los mencionados preceptos y la jurisprudencia que los interpreta. Por lo que este motivo de casación debe ser estimado.

3.- En su virtud, sin necesidad de entrar a resolver el segundo motivo de casación, la sentencia recurrida ha de ser casada. Y como consecuencia de ello, con asunción de la instancia, ha de desestimarse el recurso de apelación interpuesto por los demandantes, confirmando la sentencia de primera instancia.

SEXTO.- *Costas y depósitos.*

1.- Deben imponerse a la parte recurrente las costas generadas por el recurso extraordinario por infracción procesal que ha sido íntegramente desestimado, según determina el art. 398.1 LEC .

2.- La estimación del recurso de casación supone la desestimación del recurso de apelación, por lo que deben imponerse a Alquileres Las Huelgas S.L., Fincas y Alquileres Siglo XXI S.L., Forjados Burgaleses S.L. y Proyectos y Promociones del Norte S.L. las costas causadas por éste, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1 LEC . Mientras que no procede hacer expresa imposición de las causadas por el recurso de casación, según determina el artículo 398.2 de la misma Ley .

3.- Procede acordar también la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida de los prestados para los recursos de apelación y extraordinario por infracción procesal, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, LOPJ .

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Banco de Santander S.A. contra la sentencia 133/2013, de 8 de mayo, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Burgos, en el recurso de apelación nº 379/2012 . **2.º-** Estimar el recurso de casación interpuesto por Banco de Santander S.A. contra la indicada sentencia, que casamos y anulamos. Y en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por Alquileres Las Huelgas S.L., Fincas y Alquileres Siglo XXI S.L., Forjados Burgaleses S.L. y Proyectos y Promociones del Norte S.L. contra la sentencia núm. 313/2012, de 3 de septiembre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Burgos , en el juicio ordinario núm. 115/2011, que confirmamos íntegramente. **3.º-** Imponer a Banco Santander, S.A. las costas del recurso extraordinario por infracción procesal. **4.º-** Imponer a Alquileres Las Huelgas S.L., Fincas y Alquileres Siglo XXI S.L., Forjados Burgaleses S.L. y Proyectos y Promociones del Norte S.L. las costas del recurso de apelación. **5.º-** No haber lugar a la imposición de las costas causadas por el recurso de casación. **6.º-** Ordenar la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida de los depósitos prestados para los recursos de apelación y extraordinario por infracción procesal. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.