



Roj: **STS 5235/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5235**

Id Cendoj: **28079110012016100691**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/11/2016**

Nº de Recurso: **1075/2013**

Nº de Resolución: **695/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 1345/2013,**
STS 5235/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 24 de noviembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia núm. 65/2013 de 7 de febrero, dictada en grado de apelación por la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 528/2010 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Gavá, sobre nulidad contractual. Los recursos fueron interpuestos por Novohogar Viladecans General de Promociones, S.L. representada por la procuradora D.ª Helena Romano Vera y asistida por el letrado D. Jorge Marcos Pérez. Es parte recurrida Banco Mare Nostrum (por segregación de la Caixa D'Estalvis del Penedés), representada por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén y asistida por el letrado D. Víctor Perramón Flaquer.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª Encarnación Pérez Nofuentes, en nombre y representación de Novohogar Viladecans General de Promociones, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Caixa D'Estalvis del Penedés en la que solicitaba:

«[...] se dicte Sentencia que declare:

» a) La nulidad de los contratos acompañados como documentos números 2 y 3 (incluidos los contratos y documentos anexos), por alguna de las causas expuestas en la presente demanda, causas que se presentan con carácter alternativo, y con el mismo orden que se presentan en los hechos de esta demanda, que en resumen son, alternativamente, y por este orden, dolo o engaño, error, falsedad o ilicitud de la causa, incumplimiento contractual y (sic) infracción de la normativa sobre condiciones generales de contratación.

» b) La restitución de los bienes entregados como consecuencia de dicho contrato, en concreto la devolución a mi cliente de las sumas entregadas que ascienden a día de hoy, a siete mil doscientos cuarenta euros con setenta y cuatro céntimos (7.240,74), más los intereses previstos en el artículo 1.303 C.c., así como aquellas otras cantidades, y sus intereses, que se puedan pagar en el futuro (futuras liquidaciones) como consecuencia de los contratos cuya nulidad se pretende.

» c) La condena en costas de la demanda».



2.- La demanda fue presentada el 15 de junio de 2010 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Gavá y fue registrada con el núm. 528/2010 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Caixa D'Estalvis de Penedés, contestó a la demanda y solicitó su desestimación y la condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Gavá, dictó sentencia núm. 75/2011 de fecha 18 de abril de 2011 , en la que desestimó la demanda, con expresa imposición de costas a la parte actora.

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Novohogar Viladecans General de Promociones. La representación de Caixa D'Estalvis de Penedés se opuso al recurso interpuesto de contrario.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 732/2011 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 65/2013 en fecha 7 de febrero de 2013 , que desestimó el recurso, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas y con la pérdida del depósito constituido por la apelante.

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

1.- La procuradora D.^a Encarnación Pérez Nofuentes, en representación de Novohogar Viladecans General de Promociones, S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«Único.- Infracción del artículo 216 y 218 LEC en relación con el error aritmético de cuantificación de la deuda de mi principal a 31 de diciembre de 2007 en el fundamento de derecho noveno de la sentencia».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción del artículo 1275 del Código Civil en relación con la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo relativa a la causa de los contratos, en su doble acepción jurisprudencial».

«Segundo.- Elementos que acreditan la inexistencia o ilegalidad de la causa contractual».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 11 de mayo de 2016, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Banco Mare Nostrum (por segregación de la Caixa D'Estalvis del Penedés) presentó escrito de oposición al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 10 de noviembre de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso.*

1.- Novohogar Viladecans General de Promociones, S.L. (en lo sucesivo, Novohogar) es una sociedad dedicada a la promoción inmobiliaria. Con motivo de la novación de un préstamo hipotecario a interés variable por importe de 4.210.729 euros y de la concesión de un crédito en cuenta corriente por importe máximo de 750.000 euros, a interés variable a partir de la segunda anualidad, Novohogar suscribió con Caixa d'Estalvis del Penedés sendos contratos de swap de tipos de interés, el primero de ellos con un nocional de 4.000.000 de euros y el segundo con un nocional de 750.000 euros.

2.- Cuando se sucedieron varias liquidaciones negativas para Novohogar, esta interpuso una demanda en la que solicitaba la nulidad de los contratos de swap por varias causas alternativas: error, dolo, falsedad de la causa, ilicitud de la causa, incumplimiento contractual, infracción de la normativa sobre condiciones generales de la contratación.

3.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Esta sentencia declaró que no hubo error, pero en ella no se examinó el tema de la ilicitud o falsedad de la causa.

4.- Novohogar interpuso recurso de apelación. La sentencia de segunda instancia desestimó el recurso y confirmó la desestimación de la demanda.

En esta sentencia sí se examinó el tema relativo a la inexistencia o ilicitud de la causa, junto a los demás motivos de nulidad que fueron invocados en la demanda y mantenidos en el recurso de apelación. En lo que aquí interesa, la Audiencia declaró que no podía afirmarse que los contratos de swap «no se adecuaban al propósito de mitigar el riesgo de subida del Euribor convirtiendo en fijos los costes financieros de la empresa sometidos a tipos de interés variable, que carecieran del carácter aleatorio propio de este tipo de operaciones, ni que en realidad incrementaran aquel riesgo o que sus cláusulas únicamente limitaran los beneficios del cliente inversor».

5.- Novohogar ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra esta sentencia.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- *Formulación del recurso extraordinario por infracción procesal.*

1.- El epígrafe del único motivo de este recurso tiene este contenido:

«Infracción del artículo 216 y 218 LEC en relación con el error aritmético de cuantificación de la deuda de mi principal a 31 de diciembre de 2007 en el fundamento de derecho noveno de la sentencia».

2.- El recurrente alega que la sentencia de la Audiencia Provincial ha incurrido, al valorar la prueba, en un error aritmético, al afirmar que el endeudamiento de Novohogar era de más de cinco millones de euros a 31 de diciembre de 2007, cuando en realidad era de 2.509.000 euros.

TERCERO.- *Decisión de la sala. Desestimación del recurso.*

1.- La formulación del recurso extraordinario por infracción procesal exige que el recurrente alegue el apartado del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a través del cual lo formula. El recurrente ha obviado esta exigencia.

2.- La valoración de la prueba no puede fundamentar un recurso extraordinario por infracción procesal. Tan solo puede hacerlo aquella valoración que, por ilógica, arbitraria o absurda, o por incurrir en un error notorio y palmario, no supera el test de racionalidad exigido por el art. 24 de la Constitución y lo infringe.

Pero en tal caso, la norma infringida es justamente el art. 24 de la Constitución y el cauce del recurso extraordinario por infracción procesal es el del apartado cuarto del art. 469.1 de la Ley Concursal .

3.- Los arts. 216 y 218 de la Ley Concursal no contienen norma alguna relativa a la valoración de la prueba, por lo cual no han podido ser infringidos por la supuesta existencia de un error aritmético. Además, el cauce por el que puede alegarse su infracción, el del apartado segundo del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , es diferente de aquel por el que puede alegarse la infracción del art. 24 de la Constitución por error notorio en la valoración de la prueba.

4.- Junto a lo expuesto, el error, de existir, sería intrascendente, puesto que lo trascendente para la Audiencia Provincial es que los contratos de swap con un nominal de 4.000.000 euros, el primero, y de 750.000 euros, el segundo, se concertaron con motivo de la novación de un préstamo hipotecario a interés variable por importe de algo más de 4.200.000 euros y de un crédito en cuenta corriente, también a interés variable, con un límite de 750.000 euros.

Recurso de casación.

CUARTO.- *Formulación del recurso.*

1.- Este recurso se articula en dos motivos, cuyos epígrafes son:

«Primero.- Infracción del artículo 1275 del Código Civil en relación con la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo relativa a la causa de los contratos, en su doble acepción jurisprudencial».

«Segundo.- Elementos que acreditan la inexistencia o ilegalidad de la causa contractual».

2.- En realidad, se trata de una sola infracción legal, la del art. 1275 del Código Civil , que se desarrolla en dos apartados.

3.- En el motivo se alega que la sentencia de la Audiencia Provincial ha infringido el art. 1275 del Código Civil al no apreciar que los contratos de swap carecían de causa o su causa era ilícita.

QUINTO.- *Decisión de la sala. Desestimación del recurso.*



1.- Novohogar ha renunciado a plantear como motivos del recurso la infracción de las normas legales que regulan el resto de causas de nulidad que alegó en su demanda, tales como el vicio del consentimiento por error o dolo o la infracción de las normas reguladoras de las condiciones generales de la contratación. Ciñe su recurso a la infracción del art. 1275 del Código Civil, pues considera que los contratos de swap carecían de causa o esta era ilícita, y la Audiencia Provincial infringió este precepto legal y la jurisprudencia que lo desarrolla al no declararlo así.

2.- Buena parte del recurso se basa en hechos diferentes de los que constituyen la base fáctica de la sentencia recurrida. El recurso de casación tiene por función controlar la correcta interpretación de las normas legales aplicables a los hechos fijados en la instancia, pero no a los que artificiosamente reconstruye el recurrente en su recurso. Por tanto, no pueden tomarse en consideración esos hechos introducidos por Novohogar en su recurso y que difieren de los declarados en la sentencia recurrida.

3.- En principio, la jurisprudencia considera como causa del negocio la función económico-social que justifica que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y protección del ordenamiento jurídico, de modo que la causa será la misma en cada tipo de negocio jurídico.

Esa conceptualización no permite explicar la posibilidad de que exista una causa ilícita, pues ello es incompatible con el fin típico y predeterminado de cada negocio jurídico. Es por eso que el propósito ilícito buscado por ambas partes ha sido elevado por la jurisprudencia (sentencias de esta sala 760/2006, de 20 de julio, 83/2009, de 19 de febrero, 265/2013, de 24 de abril, 359/2015, de 10 de junio) a la categoría de causa ilícita determinante de la nulidad del contrato conforme al art. 1275 del Código Civil cuando venga perseguido por ambas partes (o buscado por una y conocido y aceptado por la otra) y trascienda al acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo (sentencia 426/2009, de 19 de junio, y las citadas en ella). Por tanto, el propósito perseguido por las partes ha de ser confrontado con la función económica y social en que consiste la causa de cada negocio, de modo que si hay coincidencia, el negocio es reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico, pero si no la hay porque el propósito que se persigue es ilícito, tal protección no se otorgará y ese propósito se eleva a la categoría de causa ilícita determinante de la nulidad de pleno derecho del negocio jurídico.

Como afirma la sentencia de esta sala 426/2009, de 19 de junio, «para llegar a causalizar una finalidad concreta será menester que el propósito de que se trate venga perseguido por ambas partes y trascienda el acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo». En el presente caso, el recurrente no alega que exista un propósito común perseguido por ambas partes que contradiga la función económica y social de los contratos cuya nulidad solicita. Por tal razón, no puede considerarse que la causa sea ilícita.

4.- En lo que se refiere a la falsedad o inexistencia de causa (pues ambos conceptos han sido utilizados por Novohogar en el litigio), no puede confundirse que los contratos, de naturaleza aleatoria, no hayan respondido a las expectativas de uno de los contratantes con que los mismos carezcan de causa o que esta sea falsa.

Los contratos de swap son contratos aleatorios en los que cada parte resulta acreedora o deudora frente a la otra parte según sea la evolución del índice de referencia utilizado (en este caso, un determinado tipo de interés) con relación al notional y los demás términos del contrato. Los contratos cuya nulidad se solicita responden a este esquema, por lo que no puede alegarse que su causa fuera falsa o inexistente.

5.- En la sentencia 580/2016, de 30 de julio, afirmamos la existencia de una conexión funcional entre el contrato de préstamo y el contrato de permuta financiera cuando el swap ha sido concertado con una función de cobertura respecto de la fluctuación del tipo de interés variable a que ha sido concertado un contrato de préstamo u otro similar.

En esa sentencia, afirmamos que para determinar si los contratos de préstamo mercantil y permuta financiera celebrados entre las partes son completamente autónomos e independientes entre sí, o por el contrario, están conectados e interrelacionados, habrá que atender a su causa negocial. En concreto, la causa del contrato de swap hay que buscarla en su función jurídico-económica, que en un caso de permuta de tipos de interés es la cobertura para el cliente, deudor por razón de préstamo o crédito, del riesgo que puede derivarse de la fluctuación del tipo variable al que se referencia su financiación. Por eso, en aquel caso, concluimos que ambos contratos conformaban una unidad jurídico-económica y que, por ello, vencido y extinguido el préstamo, carecía de sentido (causa) la subsistencia del swap.

6.- No es ese el caso objeto de este recurso. Los contratos de swap fueron concertados con relación a sendas operaciones de crédito a interés variable cuyo importe era igual o ligeramente superior al notional de uno y otro swap, y cuya duración era superior incluso al de los contratos de swap. Por tanto, los contratos de swap tenían



la función jurídico-económica que le es propia, conectada con las operaciones de crédito a interés variable con relación a las cuales fueron celebrados.

Que los términos en que fueron concertados fueran más o menos favorables para Novohogar y que el resultado de los contratos le fuera desfavorable no supone que los contratos carecieran de causa. Y, una vez que Novohogar desistió de mantener en casación la pretensión relativa a la nulidad de los contratos de swap por vicios del consentimiento, tal cuestión resulta irrelevante para la decisión del recurso.

SEXTO.- *Costas y depósitos.*

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación deben ser impuestas a la recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15.^a, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

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

1.º- Desestimar de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por Novohogar Viladecans General de Promociones, S.L., contra la sentencia núm. 65/2013 de 7 de febrero, dictada por la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 732/2011. 2.º- Imponer al expresado recurrente las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que desestimamos, así como la pérdida de los depósitos constituidos. 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.