

Roj: STS 4716/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4716  
Id Cendoj: 28079110012015100620

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 1101/2012

Nº de Resolución: 634/2015

Procedimiento: CIVIL

Ponente: PEDRO JOSE VELA TORRES

Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diez de Noviembre de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por BANCO ESPAÑOL DE CREDITO SA, representado ante esta Sala por la procuradora D<sup>a</sup> Cayetana de Zulueta Luchsinger, contra la sentencia dictada el 31 de enero de 2012 por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia en el recurso de apelación núm. 797/2011 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 63/2011 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Sueca sobre nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés con techo y parcial. Ha sido parte recurrida FUSTPORTA S.L, representada ante esta Sala por la procuradora D<sup>a</sup> Carmen Miralles Piqueres.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- El procurador D. Carlos Beltrán Soler, en nombre y representación de FUSTPORTA S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S.A. (BANESTO) en la que solicitaba se dictara sentencia que:

« - DECLARE, la Nulidad del Contrato denominado Operación de Permuta Financiera de Tipos de Interés con techo y suelo parcial (Collar KI en el Floor), de 16 de mayo de 2008, por incumplimiento de la ley y/o por la concurrencia del vicios del consentimiento.

- DECLARE, como efecto de la nulidad del contrato, la restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto del mismo, procediendo a la anulación de las liquidaciones que se hubieran girado y de las que pudieran girarse hasta la fecha de finalización del contrato y en su caso restitución de las que hubiesen sido abonadas.

Y en su defecto y como peticiones subsidiarias, caso de no estimarse la principal;

- DECLARE, la nulidad de la condición general segunda del contrato y todas aquellas relacionadas con la misma, relativas a la cancelación anticipada del mismo, en la medida en que, no se informó, ni se informa de sus consecuencias y no hay claridad ni explicación respecto de los importes a cargar o coste por su cancelación anticipada, dejando de forma abusiva la determinación del coste de la cancelación a la voluntad de una de las partes, y en consecuencia declare extinguido y sin coste alguno para mi representada el Contrato SWAP de 16 de mayo de 2008, solicitada en noviembre de 2010 y no acordada por el banco, sin que proceda el pago por las liquidaciones posteriores a dicha fecha.

- Y en su caso y como complementaria a la anterior petición DECLARE, que se indemnice con los daños y perjuicios originados a mi representada por falta de diligencia de BANESTO en el cumplimiento de sus obligaciones de información y seguimiento continuado de la posición del cliente, y que consisten en las liquidaciones giradas y que representan 23.585,38 EUROS así como las que correspondan hasta su vencimiento, conforme a lo indicado en el hecho SÉPTIMO. Dicho importe deberá ser reducido en el caso de que se estime total o parcialmente la petición complementaria previa conforme a lo indicado en el párrafo anterior.

Y todo ello con expresa imposición de costas a la demandada.»

**SEGUNDO.-** La demanda fue presentada el 25 de enero de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Sueca y fue registrada con el núm. 63/2011 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

**TERCERO.-** El procurador D. Daniel Prats Gracia, en representación de BANCO DE CRÉDITO, S.A ("BANESTO"), contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba «se dicte sentencia desestimatoria de las pretensiones de la demanda, con expresa condena en costas.»

**CUARTO.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Sueca dictó sentencia de fecha 28 de junio de 2011 , con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando la demanda formulada por FUSTPORTA, S.L a través de su representación en autos contra BANCO DE CREDITO, S.A., debo:

- Declarar la nulidad del contrato denominado Operación de Permuta financiera de Tipos de Interés con techo y suelo parcial (Collar KI en Flor), llevado a cabo entre las partes , en fecha 16 de mayo de 2008, por la concurrencia de un vicio del consentimiento (doc.1 de la demanda)

- En consecuencia procede la restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto del contrato, procediéndose a la anulación de las liquidaciones que se hubieren girado, y de las que pudieran girarse hasta la fecha de finalización del contrato, y en su caso, restitución de las que hubieren sido abonadas.

Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada.»

**QUINTO.-** La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A ("BANESTO").

La resolución de este recurso correspondió a la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo tramitó con el número de rollo 797/2011 y tras seguir los correspondientes trámites dictó Sentencia en fecha 31 de enero de 2012 y Auto que la complementa de 23 de febrero de 2012 cuyas partes dispositivas disponen:

«FALLAMOS: Se estima el recurso de apelación interpuesto por BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO SA contra la sentencia dictada el 28-6-11 por el Juzgado de Primera Instancia 2 de Sueca , en juicio ordinario 63/11 que se REVOCA y en su lugar, SE DESESTIMA la demanda interpuesta por FUSTPORTA SL contra la entidad apelante, a la que se absuelve de los pedimentos de aquella, con imposición a dicha demandante de las costas de primera instancia, sin expresa imposición de las de esta alzada. Se acuerda reintegrar al recurrente el depósito constituido para plantear recurso de apelación».

«LA SALA ACUERDA:

1) **HABER LUGAR AL COMPLEMENTO DE LA SENTENCIA** 32/12 de 31 de enero de 2012 dictada por esta Sala en rollo 797/2011 que solicita la representación de FUSTPORTA SL.

2) En consecuencia, **SE ESTIMA, en parte, la petición subsidiaria** planteada por la demandante FUSTPORTA SL, declarando, exclusivamente, la nulidad de la condición general segunda del contrato y de todas aquellas relacionadas con la misma, rechazando el resto de peticiones complementarias planteadas como subsidiarias. Se mantiene en sus propios términos, la estimación del recurso de apelación planteado por BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO SA y la DESESTIMACIÓN de la petición de NULIDAD del contrato, recogida en la sentencia complementada. En consecuencia, **NO PROCEDE IMPONER LAS COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA** a ninguna de las partes litigantes.

3) **EL FALLO DE LA SENTENCIA** OBJETO DE COMPLEMENTO quedará redactado, en lo sucesivo, del siguiente modo:

"SE ESTIMA el recurso de apelación interpuesto por BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO contra la sentencia dictada el 28-6-11 por el Juzgado de Primera Instancia 2 de Sueca , en juicio ordinario 63/11, que se REVOCA, y en su lugar, se DESESTIMA la demanda interpuesta por FUSTPORTA SL contra la entidad apelante en cuanto a su petición principal, referida a la NULIDAD del contrato y consecuencias vinculadas a la misma y SE ESTIMA, en parte, en cuanto a sus peticiones subsidiarias, que procede examinar en esta alzada, *DECLARANDO la nulidad de la condición general segunda* del contrato y de las demás que guarden relación con la misma, en cuanto al vencimiento anticipado de aquel, DESESTIMANDO el resto de peticiones subsidiarias y complementarias planteadas, sin expresa imposición de las costas de primera instancia, ni

de las de esta alzada. Se acuerda reintegrar al recurrente el depósito constituido para plantear recurso de apelación.»

**SEXTO.-** El procurador D. Daniel Prats García, en representación de BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO ("BANESTO"), 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 cuanto que la Sentencia recurrida infringe el artículo 218.1 y 218.2 de la LEC y la jurisprudencia que lo desarrolla.

**Segundo.-** Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC , en cuanto que la Sentencia Recurrida infringe los artículos 326 y 376 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.-** INTERÉS CASACIONAL derivado de la contravención por la Sentencia Recurrida de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo referente al artículo 8 de la ley 7/1998, de 13 de abril , sobre condiciones generales de la contratación, al no cumplirse los requisitos para que dicho artículo resulte de aplicación.

**Segundo.-** Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC , por infracción de los arts. 1.265 y 1.266 del Código Civil , en relación con los arts. 1091 , 1255 , 1256 , 1258 y 1.281 del mismo cuerpo legal y de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que los interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida confiere eficacia invalidante a la pretensión de nulidad contractual de la condición general segunda del contrato sobre la base de un error en el consentimiento.

**Tercero.-** Al amparo del artículo 477.2.2º de la LEC por infracción de los artículos 1.310 , 1.311 y 1.313 del Código Civil y la jurisprudencia que los interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida no declara subsanado el supuesto error padecido por las mercantiles recurrentes en virtud de la doctrina de los actos propios.»

**SÉPTIMO.-** 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 10 de septiembre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«LA SALA ACUERDA:

ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN Y ADMITIR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuestos por la representación procesal de la entidad mercantil BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A. ("BANESTO") contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª), en el rollo de apelación nº 797/2011 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 63/2011 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Sueca».

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

**NOVENO.-** Por providencia de 8 de septiembre 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 29 de octubre de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.-Desarrollo del litigio.-

1.- El 16 de mayo de 2008, la compañía mercantil "Fustporta, S.L.", celebró un contrato de permuta financiera de tipos de interés con techo y suelo parcial ("collar KI en el Floor") con "Banesto" (actualmente, "Banco de Santander, S.A."), con un importe nominal de 336.000 #, fecha de inicio el 30 de mayo de 2008 y fecha de vencimiento el 30 de mayo de 2011, con un tipo "floor" del 4,45%. Una vez que el cliente comenzó a

recibir liquidaciones negativas, que ascendieron a 23.585,38 #, solicitó la cancelación sin coste del contrato, lo que fue denegado por el banco.

2.- "Fustporta, S.L." interpuso demanda de juicio ordinario contra "Banesto" en la que solicitó que se declarase la nulidad del contrato por vicio del consentimiento, con la consiguiente restitución de las prestaciones; y subsidiariamente solicitó que se declarase la nulidad de la condición general segunda del contrato, relativa al vencimiento anticipado del mismo y todas las relacionadas con la cancelación anticipada, declarando extinguido y sin coste alguno para "Fustporta, S.L." el contrato de referencia; y subsidiariamente, que se condenara a "Banesto" al reintegro de las liquidaciones giradas, por importe de 23.585,38 # y las que correspondan hasta el vencimiento del contrato.

3.- Opuesta a tales pretensiones la entidad financiera y tramitado el procedimiento ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Sueca, éste dictó sentencia en la que consideró que existía vicio del consentimiento, por error esencial en su prestación, conforme a las siguientes y resumidas razones: (i) el cliente consideró que contrataba un seguro para protegerse de las subidas de los tipos de interés, en vez de un contrato especulativo de alto riesgo en caso de bajada de tales tipos; (ii) se trata de un error sustancial, al afectar a la naturaleza del propio contrato, imputable a la entidad bancaria por su falta de información al cliente; (iii) el error del cliente es excusable, que no pudo evitarlo empleando una diligencia media o regular, en atención a sus conocimientos del sector financiero y a que siguió los consejos de los empleados del banco. Como consecuencia de ello, la sentencia declaró la nulidad del contrato litigioso y ordenó la restitución recíproca de las prestaciones, con imposición de costas a la entidad demandada.

4.- Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, el mismo fue resuelto por la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia, que rebatió las conclusiones probatorias de la sentencia de instancia, y dictó sentencia estimatoria del recurso, basándose en los siguientes y resumidos argumentos (previa remisión casi en bloque a otra sentencia de la misma Sección, que se transcribe extensamente): (i) el contrato litigioso fue renovación de otros anteriores, se mantuvo sin objeción durante casi toda su duración y solo cuando faltaban cuatro meses para el vencimiento se produjeron las primeras reclamaciones; (ii) tampoco se hizo objeción alguna a la validez de los contratos anteriores; (iii) consta el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la normativa MiFID en cuanto a los test de conveniencia e idoneidad; (iv) no obstante, no se entregaron al cliente simulaciones, pero el cliente tenía experiencia en productos financieros; (v) en todo caso, no puede hablarse de error excusable, puesto que el cliente había firmado otros contratos similares y no fue especialmente diligente en procurarse información; (vi) pese a haberse firmado el contrato en mayo de 2008 y ser prácticamente todas las liquidaciones periódicas de signo negativo, no fue hasta finales de noviembre de 2010 que se formuló la primera reclamación; (vii) no consta que el cliente creyera que lo contratado era un seguro. Razones por las cuales, estimando el recurso de apelación formulado por la entidad financiera, desestimó la demanda.

5.- No obstante, la parte actora solicitó complemento de la sentencia, puesto que no se habían tratado ni resuelto sus pretensiones subsidiarias, por lo que la Audiencia dictó auto, en el que, complementado su sentencia, consideró que la redacción de la condición general segunda del contrato ("vencimiento anticipado") era poco clara y precisa, dejando en manos de la entidad bancaria la cuantificación del coste de cancelación, sin perjuicio de lo cual acordó que no procedía la devolución de las cantidades abonadas por liquidaciones negativas. Como resultado de lo cual, complementó el fallo de la sentencia, manteniendo la desestimación de la pretensión de nulidad del contrato y declarando la nulidad de la mencionada condición general segunda y las demás que guarden relación con el vencimiento anticipado del contrato, con desestimación del resto de peticiones subsidiarias y complementarias, sin imposición de costas en ambas instancias.

#### **SEGUNDO.- Recurso por infracción procesal.-**

1.- "Banesto" (actualmente, "Banco Santander, S.A.") formuló un primer motivo de infracción procesal, al amparo del artículo 469.1.2º de la LEC, en cuanto que la sentencia recurrida infringiría el artículo 218, apartados 1 y 2, LEC y la jurisprudencia que lo desarrolla, que a su vez, descompone en dos submotivos: falta de claridad y congruencia interna de la sentencia y falta de motivación.

2.- Tal y como hace el propio artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hay que distinguir entre congruencia y motivación. La congruencia a la que se refiere el primer apartado de dicho precepto es la denominada "congruencia externa", es decir, la que requiere correlación entre los pedimentos de las partes y los pronunciamientos de la resolución judicial. Sin embargo la llamada "congruencia interna", que más podríamos calificar como coherencia argumentativa o correspondencia entre lo argumentado y lo fallado, no se refiere a dicha correlación entre pretensiones y fallo, sino a la lógica de la argumentación del tribunal y está más

en relación con el segundo apartado del precepto que con el primero. 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 ). Con lo cual, su ámbito de inclusión en un recurso por infracción procesal tendría más encaje en el número 4º del artículo 469.1 LEC , que en el número 2º invocado por la parte recurrente.

3.- En relación con lo expuesto, tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala que la lógica a que se refiere el art. 218.2 LEC es la de la argumentación - entramado argumentativo-, exposición de razones o consideraciones en orden a justificar la decisión, sin que se extienda al acierto o desacierto de las mismas, ni quepa al socaire de dicho precepto traer al campo del recurso extraordinario por infracción procesal el debate sobre las cuestiones de fondo, dentro de las que se comprenden los juicios de valor en relación con la apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados, que corresponden al ámbito del recurso de casación ( Sentencias 888/2010; de 30 de diciembre ; 232/2012, de 23 de abril ; 586/2013, de 8 de octubre ; y 215/2013 bis, de 8 de abril , entre otras muchas). Es decir, como precisó la Sentencia 705/2010, de 12 de noviembre , la exigencia del art. 218.2 "in fine", de la LEC de que la motivación debe ajustarse a las reglas de la lógica y de la razón se refiere a la exposición argumentativa del Tribunal y no a si es lógica la interpretación jurídica, ni la conclusión de este orden extraída, efectuadas por la resolución recurrida, pues se trata de cuestiones de fondo propios del recurso de casación.

4.- Desde este punto de vista, no cabe apreciar la incongruencia interna denunciada por la recurrente, pues si bien es cierto que la Audiencia Provincial se remite en su sentencia y auto complementario a unos previos pronunciamientos - Sentencias de la misma Sección de 29 de marzo y 26 de diciembre de 2011 - que transcribe en varios de sus razonamientos (la primera en la sentencia y la segunda en el auto de complemento), también lo es que distingue entre unos y otros casos, por lo que los respectivos pronunciamientos no son idénticos, ni resulta incoherente dar soluciones divergentes; sobre todo porque en la sentencia se trató únicamente la nulidad del contrato, mientras que en el auto se abordó la validez de la cláusula de vencimiento anticipado. El propio auto de complemento, tras reproducir parte de la fundamentación de la sentencia del mismo tribunal de 26 de diciembre de 2011 , distingue ambos casos en su fundamento jurídico tercero, diciendo: *"[I]o cierto es que, en el supuesto que examinamos, a diferencia del analizado en la sentencia parcialmente transcrita..."* , con lo cual incluye un nivel de diferenciación entre ambos casos que permite la adopción de una solución distinta y que impide apreciar que exista contradicción entre lo argumentado en la fundamentación jurídica y lo resuelto en la parte dispositiva. Asimismo, una cosa es que la Audiencia afirme que "Fustporta, S.L." no solicitó la cancelación (lo que supone que el pronunciamiento anulatorio no conlleve las consecuencias económicas pretendidas por la parte demandante) y otra que ello implique que la cláusula en que se contienen las condiciones de la misma sea válida por dicha razón. Antes al contrario, el auto de complemento razona que la cláusula no resulta clara y precisa y su indefinición deja completamente en manos de la entidad bancaria la cuantificación del coste de cancelación, de donde deriva su nulidad.

Razones por las cuales este primer submotivo del primer motivo de infracción procesal debe ser desestimado.

5.- En cuanto al segundo submotivo, que denuncia falta de motivación, partiendo de la base de que la motivación de las sentencias es una exigencia constitucional establecida en el Art. 120.3 CE , como un deber inherente al ejercicio de la función jurisdiccional, y forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, la respuesta a las peticiones formuladas en la demanda no debe ser necesariamente extensa ni pormenorizada, bastando con que esté argumentada en derecho, a fin de cumplir una doble finalidad: la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que responde a una determinada interpretación del derecho, así como la de permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos ( SSTS 5 noviembre 1992 , 20 febrero 1993 , 26 julio 2002 , 18 noviembre 2003 y 5 de noviembre de 2009 , entre muchas otras).

6.- Desde esta perspectiva, no cabe achacar a la sentencia recurrida (más propiamente, al auto complementario) déficit de motivación, puesto que si bien es cierto que en su fundamento jurídico tercero, que es el que argumenta sobre la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, no se cita ningún precepto legal en concreto en que apoyar la decisión, debe tenerse en cuenta que la mencionada resolución no es autónoma, sino que entronca con otra previa, que es la sentencia complementada, en la cual sí se contiene mención expresa y detallada a los artículos del Código Civil sobre nulidad contractual por vicio del consentimiento y

a la normativa MiFID contenida en la Ley del Mercado de Valores. De donde cabe deducir fácilmente que la Audiencia considera que la cláusula en cuestión no superaba los requisitos necesarios para no inducir a error al cliente sobre un elemento concreto del contrato como era el coste de su posible cancelación anticipada. Además, como ya se ha adelantado, indica expresamente el auto que se dejaba totalmente a voluntad del banco la determinación del importe de dicho coste, por lo que implícitamente se está aplicando el artículo 1.256 del Código Civil ( "La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes" ). A lo que tampoco empece que no se contenga una argumentación específica sobre las cláusulas que se derivan de la de vencimiento anticipado, pues resulta claro que lo dicho respecto de la principal vale para las accesorias, sin necesidad de inútiles reiteraciones. Como consecuencia de lo cual, este segundo submotivo también debe perecer, ya que no debe confundirse parquedad argumentativa con falta de motivación.

7.- El segundo motivo del recurso de infracción procesal se formula al amparo del artículo 469.1.4º LEC , en cuanto que la sentencia recurrida infringiría los artículos 326 y 376 LEC y la jurisprudencia que los interpreta.

Con este motivo, la parte recurrente pretende algo que es ajeno al recurso extraordinario por infracción procesal, que es ni más menos que volver a reexaminar la prueba y convertir a este tribunal de casación en una tercera instancia. En nuestro sistema procesal civil, no es admisible la revisión de la prueba practicada en la instancia por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal, como se desprende de la propia enumeración de motivos de recurso contenida en el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Únicamente sería posible cierto control sobre las conclusiones de hecho que sirven de base a la sentencia recurrida -la de apelación- de forma excepcional, al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 LEC , siempre que, conforme a la doctrina constitucional, no superen el test de la razonabilidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE -en este sentido SSTs 101/2011, de 4 de marzo , y 263/2012, de 25 de abril -. Pero en ningún caso la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal puede dar paso a una tercera instancia en la que, fuera de los supuestos excepcionales, se pueda replantear la completa revisión de la valoración de la prueba, ya que esta es función de las instancias y las mismas se agotan en la apelación. Por ello, es doctrina jurisprudencial incontrovertida, tal y como recuerda la Sentencia de esta Sala 44/2015, de 17 de febrero , que la valoración de la prueba corresponde en principio a la Sala de instancia, debiéndose reducir su examen en esta sede a problemas de infracción en concreto de una regla de valoración, al error patente y a la interdicción de la arbitrariedad o irrazonabilidad (Sentencias del Tribunal Constitucional 63/1984, 91/1990, 81/1995, 142/1999, 144/2003, 192/2003; y de esta Sala de 24 de febrero y 24 de julio de 2000 y 15 de marzo de 2002, entre otras muchas).

8.- Con estas limitaciones, no cabe apreciar que la resolución de la Audiencia (sentencia y auto complementario) haya llegado a conclusiones arbitrarias o ilógicas desde un punto de vista fáctico, una vez que da por probado, con parca pero suficiente explicación argumental, que la cláusula de vencimiento anticipado no contenía realmente las reglas que regirían la determinación del coste de cancelación anticipada del contrato y que ello quedaba al arbitrio de una de las partes, el banco recurrente. En su caso, podrá discutirse si desde un punto de vista jurídico ello es así, lo que es ajeno al marco revisor del recurso extraordinario por infracción procesal, correspondiendo a la valoración jurídica propia del recurso de casación. Como decíamos en la Sentencia núm. 77/2014, de 3 de marzo , "No debe confundirse la revisión de la valoración de la prueba que, al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC , excepcionalmente puede llegar a realizarse en caso de error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva ( Sentencias 432/2009, de 17 de junio ; 196/2010, de 13 de abril ; 495/2009, de 8 de julio y 211/2010, de 30 de marzo ; 326/2012, de 30 de mayo ), con la revisión de la valoración jurídica.... Como ya hemos declarado en otras ocasiones, una valoración como ésta, al margen de que sea o no acertada, es jurídica y debería ser impugnada, en su caso, en el recurso de casación, si con esta valoración se infringe la normativa legal reguladora de la materia y su interpretación jurisprudencial". Por lo que este segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal también debe ser desestimado.

### **TERCERO.- Recurso de casación.**

#### **3.1.- Primer motivo.-**

1.- El primer motivo se formula por interés casacional al amparo del artículo 477.2.3º LEC , por contravención de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo referente al artículo 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación , al no cumplirse los requisitos necesarios para su aplicación.

2.- Para comenzar, ha de dejarse constancia de que ni la sentencia de la Audiencia ni el auto que la complementó citan en ningún momento el artículo 8 de la Ley 7/1988 , de condiciones generales de la

contratación. Con lo cual, difícilmente puede sustentarse el motivo casacional en la infracción de un precepto que ni ha sido aplicado, ni ha servido de fundamento a la resolución recurrida. Es cierto que puede haber un cierto confusionismo al respecto, dado que el auto hace mención a las condiciones generales y a las particulares, pero no aplica la legislación específica de condiciones generales de la contratación, sino las normas del Código Civil sobre el error vicio del consentimiento, si bien sobre un elemento del contrato que no considera esencial (y por ello no da lugar a la nulidad total del contrato), sino accesorio, lo que tiene como consecuencia únicamente la nulidad parcial, la de la estipulación afectada. Razones por las cuales este primer motivo de casación debe decaer, sin necesidad de mayor argumentación.

### 3.2.- Segundo motivo.

1.- El segundo motivo se formula al amparo del artículo 477.2.3º LEC, por infracción de los artículos 1.265, 1.266 del Código Civil, en relación con los artículos 1.091, 1.255, 1.256, 1.258 y 1.281 del mismo cuerpo legal y la doctrina jurisprudencial que los interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida confiere eficacia invalidante a la pretensión de nulidad contractual de la condición general segunda del contrato sobre la base de un error en el consentimiento.

A cuyo efecto hemos de aclarar que, habiendo consentido la parte demandante la sentencia de apelación y recurriendo únicamente el banco el pronunciamiento de la misma relativo a la nulidad de dicha cláusula contractual, el ámbito de conocimiento de este tribunal queda circunscrito al examen de tal pronunciamiento, sin que podamos analizar la nulidad del contrato en su totalidad por error vicio en el consentimiento ( artículo 487 LEC ), ya que la desestimación de tal pretensión ha devenido firme.

2.- Con estas limitaciones objetivas, en materia de error sobre el coste de la cancelación del contrato de permuta financiera, hemos de remitirnos a nuestra Sentencia de Pleno 491/2015, de 15 de septiembre, en la que indicábamos:

*"Cuando un contrato de las características del Swap, que se concierta por un tiempo determinado y tiene ese componente aleatorio, prevé la posible resolución anticipada a instancia de una de las partes, es lógico que para el cliente el coste de la eventual cancelación pueda formar parte de las condiciones o circunstancias que inciden sustancialmente en la causa del negocio. La información que el cliente necesita conocer para representarse de forma adecuada las características del producto (el Swap de intereses que concertaba en cada caso) y sus concretos riesgos, no tiene por qué quedar limitada a la eventual onerosidad de las liquidaciones negativas, sino que también podría alcanzar al coste que le podría suponer al cliente, por ejemplo en un periodo de bajada de intereses, la cancelación del Swap, cuando dicho coste sea muy elevado e imprevisible para el cliente.*

*Es lógico que el cálculo del coste de cancelación pueda depender de indicadores concretos que no se conocen en el momento de la firma del contrato, y por ello no pueda cifrarse de antemano con detalle. Pero cuando menos el banco debía informar sobre los costes aproximados, dependiendo lógicamente de diferentes parámetros, entre ellos el momento en que se solicita la cancelación. El banco no puede informar del coste exacto de cancelación en cada momento de la duración del contrato, pero sí ha de dar una referencia genérica y aproximada, que pueda permitir al cliente hacerse una idea de cuánto podría costarle la cancelación y el riesgo que con ello asume".*

3.- En consonancia con lo afirmado por la Audiencia Provincial, que afirmó en su auto de complemento que la estipulación relativa al vencimiento anticipado era "poco clara y precisa, puesto que deja absolutamente indefinida y en manos de la entidad bancaria su cuantificación -sin referencia, siquiera genérica, a fórmulas de cálculo-", los términos del contrato no son suficientes por sí mismos para que el cliente pudiera tener una información clara del coste de amortización, dado que lo que se incluye es una mención tan genérica que no permite representarse realmente cuál va a ser el precio a abonar en caso de cancelación, ya que la cláusula en cuestión se limita a decir, en lo que se refiere al coste, lo siguiente: "Producido el vencimiento anticipado de la operación, la cantidad a pagar por el banco o por el cliente como consecuencia de la resolución de la operación será la que resulte de sumar (i) cualquier cantidad que se encuentre vencida e impagada por razón de la operación a la fecha del vencimiento anticipado, y (ii) la cantidad que determine el banco de acuerdo con los precios de mercado existentes en ese momento, para una operación hipotética con las mismas condiciones económicas y de pago que la operación, y por un plazo equivalente al que medie entre las fechas del vencimiento anticipado y del vencimiento pactado inicialmente para la operación. El citado cálculo lo realizará el banco a la fecha de vencimiento anticipado determinada por la parte que haya instado el mismo, y será comunicado al cliente por escrito, con explicación de los cálculos realizados". Es decir, aparte de dejar en manos de la entidad bancaria, sin intervención alguna del cliente más allá de la recepción de la

notificación, la determinación del coste, no se indica que el valor resultante pudiera conllevar un coste elevado para el cliente, ni se le ofrece dato alguno que le permitiera hacerse una idea de cuánto podría costarle la cancelación y el riesgo que con ello asumía. Por lo que difícilmente puede considerarse que una cláusula tan parca y poco expresiva, además de dejar al arbitrio de la entidad financiera su aplicación, no indujera a error al cliente minorista; del que resulta comprensible que pudiera sorprenderle el importe de este coste que resultara finalmente determinado por el banco y que difícilmente podía haberse representado de antemano, cuando firmó el contrato.

4.- Razones por las cuales tampoco puede prosperar este motivo del recurso de casación, puesto que la resolución recurrida no solo no se opone a la jurisprudencia de esta Sala, sino que se adapta a la que reiteradamente venimos profiriendo en esta concreta materia de error en el consentimiento en contratos de permuta financiera en cuanto al coste de cancelación de los mismos.

### 3.3.- Tercer motivo.

1.- Se formula al amparo del artículo 477.2.2º LEC, por infracción de los artículos 1.310, 1.311 y 1.313 del Código Civil y la jurisprudencia que los interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida no declara subsanado el supuesto error padecido por la demandante en virtud de la doctrina de los actos propios.

2.- En cuanto a los supuestos actos propios de la demandante, que implicarían la prestación tácita del consentimiento, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni la tardanza en reclamar, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria.

Además, existiendo error excusable e invalidante de la cláusula relativa al vencimiento anticipado 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 que aquí no concurre, ya que el conocimiento íntegro del riesgo asumido se adquiere cuando las liquidaciones devienen negativas y se pretende la cancelación del contrato. Por el hecho de recibir unas liquidaciones positivas por parte de la entidad financiera en la cuenta corriente del cliente, 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. No resultando, pues, de aplicación la doctrina de los actos propios y los artículos 1.310 y 1.311 del Código Civil.

3.- En relación con lo anterior, hemos de tener 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 éste, según establece inequívocamente el artículo 1.311 del Código Civil. Como dijo la Sentencia de esta Sala de 14 de octubre de 1998:

*"En el estricto sentido de la palabra, tanto gramatical como jurídicamente, «consentimiento» no es algo que es concedido después de un acto. El concepto gramatical del vocablo significa anuencia, permiso, licencia, venia o autorización; es decir, hace mención a que sólo puede recaer sobre algo todavía no realizado. El significado jurídico aparece en el art. 1262 CC, según el cual «el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el **contrato**»; esto es, la pauta legal indica que sólo versará sobre lo que se ofrece y se acepta respecto de una futura relación **contractual**, pero no sobre lo ya verificado.*

*Si la referida actitud se manifiesta pasivamente tras el conocimiento posterior del negocio jurídico, la situación admite distintas lecturas, mas en tanto no se haya consumado la prescripción o la caducidad de acciones, siempre será posible la impugnación del acto por vía legal".*

4.- Hemos dicho en la reciente Sentencia 535/2015, de 15 de octubre, al resolver un recurso de casación idéntico, que *"[I]a confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la*

*impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración". Razón por la cual no cabe considerar que en este caso se produjera una confirmación del contrato que sanara su anulabilidad. Lo que debe conducir a la desestimación de este tercer y último motivo de casación.*

#### **CUARTO.-Costas y depósitos.-**

1.- De conformidad con lo previsto en los artículos 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , deben imponerse a la recurrente las costas de ambos recursos, extraordinario por infracción procesal y de casación.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### **FALLAMOS**

1.- Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por "Banco Santander, S.A." contra la sentencia de fecha 31 de enero de 2012 (complementada por auto de 23 de febrero de 2012), dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, en el recurso de apelación núm. 797/11 .

2.- Imponer al expresado recurrente las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, que desestimamos, así como la pérdida del depósito constituido.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Saraza Jimena, Pedro Jose Vela Torres, firmada y rubricada. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Pedro Jose Vela Torres** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.