

Jurisprudencia

Reseña judicial e-Dictum

SENTENCIA 1686/2023 DEL TRIBUNAL SUPREMO, CIVIL, DE 4 DE DICIEMBRE DE 2023

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Resumen de antecedentes 1.- Para la resolución del presente recurso resultan relevantes los siguientes antecedentes de hecho acreditados en la instancia: 1.º) En 2007, 49 personas, propietarios de terrenos en la provincia de Granada, en colaboración con el ingeniero D. Onesimo, que actuaba a través de la empresa "Soria ingeniería", promovieron un proyecto para la construcción y explotación de 149 plantas fotovoltaicas en la provincia de Granada. Los promotores eligieron a la empresa TSK para la construcción de las plantas. Se configuró como un "project finance", para poder financiar los costes con los flujos de caja que generase el proyecto.

2.º) En septiembre de 2007, se iniciaron negociaciones con distintas entidades bancarias para obtener financiación. En estas negociaciones intervino de forma activa TSK. El 22 de octubre de 2007, Banesto (actualmente Banco Santander) envió una oferta de financiación a D. Prudencio, que intervenía en las negociaciones en nombre del grupo TSK, oferta que fue aceptada, firmando el mandato exclusivo a Banesto para la financiación del proyecto con la misma fecha.

Este mandato fue aceptado por Banesto que exigió, además, como garantía adicional la pignoración acciones de Duro Felguera, de las que era titular TSK.

3.º) En esa oferta de financiación, y a los efectos que interesa, Banesto establecía que la acreditada debía ser un SPV (Special Purpose Vehicle) o sociedad ad hoc, creada al efecto y participada por grupo TSK en un 80% y por otros en un 20%. En cuanto a su contenido, en la oferta se instrumentaban cuatro "facilidades crediticias": (i) crédito puente: para financiar las inversiones necesarias para el proyecto hasta el momento en que se formalizase la deuda sénior, por un importe de 20 millones de euros; (ii) deuda sénior: tenía por objeto financiar parcialmente la puesta en marcha del proyecto; el importe ascendería al 90% de la inversión que, según la información inicial remitida por TSK, sería de 121 millones de euros aproximadamente; se ofrecía un tipo de interés variable (Euribor más un margen que variable según el RCD); (iii) crédito Iva: para financiar el Iva soportado por el proyecto; y (iv) cobertura de tipos de interés: tenía por objeto eliminar de la estructura de financiación los posibles efectos de cualquier variación de los tipos de interés durante toda la vida de la operación.

4.º) En el apartado III.17 de la oferta de financiación, y con el título "cobertura del tipo de interés", se establecía que "la acreditada se obliga a realizar una cobertura del riesgo de evolución de los tipos de interés, por un importe mínimo del 75% del importe total de la deuda sénior y para la vida media de la misma y a formalizar en el momento de la firma de los documentos de financiación".

La cobertura de tipos de interés se formalizaría con la entidad "aseguradora", y se aplicaría un spread de 20 pb a la cotización

de referencia establecida en la pantalla ICAD (EURO); el spread calculó para un plazo equivalente a la vida media del proyecto, con la duración resultante del caso base. La operación aparece asegurada (garantizada) en un 100% por Banesto.

En el apartado III.34 Banesto informaba de que procedería a la sindicación de la deuda sénior del proyecto a otras entidades financieras; dicha sindicación podría tener lugar con posterioridad a la formalización de dicha deuda entre la acreditada y la sociedad aseguradora.

5.º) Para cumplir las condiciones de la oferta de financiación, que exigía la constitución de una sociedad vehicular, los 49 propietarios de los terrenos, integrados en la mercantil "Altair Solar S.L." (en la que también se habían integrado como socios "Ingeniería Soria" y "Montajes Eléctricos y Fomentos del Sur S.L.") y TSK eligieron a la sociedad "Sirius Solar SL", que ya estaba constituida con un capital social de 3.000 euros, para que fuese la sociedad vehicular, en la que entró TSK como socio mayoritario, con el 80%, de las participaciones, y el 20% restantes las adquirió Altair Solar.

6.º) Tras la aceptación de la oferta, el 5 de diciembre de 2007 se entregó a Sirius Solar el crédito puente por importe de 20 millones de euros.

7.º) Con la información técnica facilitada por TSK sobre el proyecto y sobre los ingresos y gastos de la explotación, Banesto redactó un memorándum informativo al que añadió las hipótesis financieras y lo facilitó a otras entidades financieras que estaban interesadas en participar en el proyecto. En concreto, Banesto invitó a La Caixa (después, CaixaBank) a intervenir en el proyecto.

8.º) El 5 de febrero de 2008, se comunicó la incorporación al proyecto de La Caixa.

9.º) El 4 de marzo de 2008, se otorgó la escritura de elevación a público del contrato de financiación, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2026, en la que intervino Sirius Solar como acreditada y Banesto, La Caixa y el Instituto de crédito oficial (ICO) como acreditantes. Se concedía un crédito por un importe máximo de 121.900.000 de euros, que debía destinarse al reembolso de las cantidades adeudadas al Banco agente (Banesto) en virtud del crédito puente, procediendo a su cancelación, a la financiación parcial de los costes de construcción del proyecto y de la totalidad de sus gastos, y a la dotación de un fondo de reserva del servicio de la deuda.

El crédito se distribuyó con carácter mancomunado entre los acreditantes (33,33% a cada uno): correspondía a Banesto la cantidad de 40.634.000 €, y a La Caixa e ICO una cantidad de 40.633.000 € a cada uno. En la póliza se verificaba el cumplimiento de las condiciones para la disposición del crédito y se indicaba expresamente todos los contratos que debían estar firmados a excepción, entre otros, de los contratos de cobertura de riesgos de tipo de interés que debían otorgarse conforme a lo dispuesto en el apartado 14.2.18.

Se fijaba un interés variable, liquidable trimestralmente, sobre las cantidades efectivamente dispuestas, consistente en sumar al Euribor o tipo de interés sustitutivo de referencia un margen que variable en función de la ratio de cobertura de la seguridad de la deuda.

En el apartado 8º del contrato de crédito se disponía que "como consecuencia de la amortización voluntaria u obligatoria del crédito, el importe dispuesto no podrá ser superior al nominal de los contratos de cobertura de riesgo de tipo de interés. Por tanto, la acreditada vendrá obligada a

deshacer o reducir las coberturas contratadas bajo los contratos de cobertura de riesgos de tipo de interés a fin de cumplir esta condición".

En el apartado 14.2.18, y bajo el título de obligaciones de hacer y de no hacer, se establecía que: "A fin de evitar el riesgo de fluctuación del tipo de interés de referencia, la acreditada se obliga a realizar una cobertura del riesgo de evolución de los tipos de interés, por un importe mínimo del 75% del importe dispuesto del crédito, de tal forma que durante un plazo mínimo de 12 (12) años se encuentre cubierto, en todo momento, el 75% del principal vivo de la deuda sénior.

"La cobertura de tipos de interés antes citado se contratará con los proveedores del derivado, aplicando un diferencial (spread), pactado en carta aparte, a la cotización de referencia así establecida en la pantalla ICAP (EURO), realizando una interpolación lineal para que el plazo real del cierre de la cobertura quede ajustado a plazo de duración del tramo del importe de deuda cubierto. La acreditada deberá contratar los derivados financieros previstos en el presente apartado en los siguientes términos: "(a) En todo caso, dentro de los 15 (15) días hábiles siguientes a la fecha de otorgamiento del presente contrato, se formalizará la cobertura por un importe equivalente al 50% del importe máximo del crédito.

"(b) La acreditada se obliga a elevar dicha cobertura al 75% del importe máximo del crédito cuando se produzca el primero de los siguientes supuestos: "- que el importe dispuesto del crédito alcance la cifra de 100.000.000 de euros "- que el swap de tipos de interés hasta el 4 de marzo de 2020, según la pantalla CCMTE de Reuters sea superior a 5,10% "La formalización de la cobertura de tipos de interés a que se refiere este apartado se producirá dentro de los 2 días hábiles

siguientes a aquél en que tenga lugar cualquiera de los dos supuestos citados.

"(c) Las confirmaciones a que se refieren los apartados a) y b) anteriores, serán elevadas a público, junto con sus respectivos CMOFs, dentro de los 10 días hábiles siguientes a su formalización".

En el apartado 14.2.16, la acreditada se obligaba a no concertar operaciones de permuta financiera (swaps), de intereses, de divisas o de cualquier otra combinación de los mismos, de acuerdos de interés futuro (FRAs) o cualquier otra operación de derivados distintos de los contratados bajo los contratos de cobertura de riesgos de tipo de interés.

10.9) El mismo día del otorgamiento de la escritura pública, se firmaron sendos Contratos Marcos de Operaciones Financieras (CMOFs) en documento privado con Banesto y La Caixa. Este contrato se acompañó del modelo elaborado por la Asociación de Banca Privada como contrato marco de operaciones financieras.

Se incluía además un anexo I de la misma fecha, cuyo objeto era regular las operaciones de cobertura del riesgo de tipo de interés en que incurra Sirius Solar por las disposiciones de fondos bajo el contrato de crédito elevado a público. Se acordaba expresamente que bajo el citado contrato solo podrían celebrarse operaciones que tuvieran como finalidad proporcionar cobertura del riesgo de tipo de interés (pero no definía ni se refería a la cobertura concreta que habría de realizarse), y contemplaba aspectos generales de la ejecución como la fijación del tipo de interés de demora, causas de vencimiento anticipado, y en el apartado 20 se refería también a la amortización anticipada del contrato de crédito y sus efectos en las operaciones sujetas al contrato marco.

Los CMOFs y su anexo fueron elevados a escritura pública el 9 de julio de 2008.

11.º) El 26 de marzo de 2008, se firmó la primera confirmación con Banesto de un swap o permuta de tipos de interés por un importe nocional (nocional inicial) de 48.760.000 euros; con fecha de inicio el 28 de marzo de 2008 y vencimiento el 30 de junio de 2020. Sirius Solar se obligaba al pago de un tipo fijo de 4,69%, y Banesto el tipo variable del Euribor a tres meses. El importe nominal para el cálculo de los intereses era variable según el cuadro que se acompañaba para ajustarse a las amortizaciones del principal que se iban realizando según lo previsto en el contrato de crédito.

El 22 de julio de 2008, se realizó telefónicamente la segunda confirmación. La fecha de inicio era el 24 de julio de 2008 y la de vencimiento el 30 de junio de 2020. El importe nocional inicial era de 24.380.000 euros, que se iría ajustando en función de las amortizaciones parciales según el anexo I. Sirius se obligaba al pago de un tipo fijo del 5,31% y Banesto el tipo variable de Euribor a tres meses. La liquidación se efectuaría trimestralmente.

Durante la vigencia de los dos swaps con Banesto y hasta el 2017 incluido se produjeron liquidaciones negativas y positivas con una diferencia a favor de Banesto de 24.507.504,19 € 12.º) El 26 de marzo de 2008, se cerró telefónicamente la primera confirmación con La Caixa con un importe nocional inicial de 12.190.000 euros, si bien el nominal era variable según la tabla que se adjuntaba para adaptarla a las amortizaciones previstas del crédito dispuesto; la fecha de inicio era el 26 de marzo de 2008 y la del vencimiento el 30 de junio de 2020. Sirius se obligaba a pagar el tipo fijo del 4,69% y La Caixa el tipo variable de Euribor a tres meses. Las liquidaciones serían trimestrales. Esta

confirmación fue elevada a pública el 9 de julio de 2008.

El 24 de julio de 2008, se cerró telefónicamente la segunda confirmación sobre el importe nocional inicial de 6.095.000 euros, amortizable según el cuadro adjunto. La fecha de inicio de operación era el 24 de julio de 2008 y el vencimiento el 30 de junio de 2020. Sirius se obligaba a pagar el tipo fijo del 5,31% y Caixa el tipo variable de Euribor a 3 meses. Las liquidaciones eran trimestrales.

Durante la vigencia de los dos swaps con Caixa y hasta el 2017 incluido se produjeron liquidaciones negativas y positivas con una diferencia a favor de Caixa de 6.152.286,20 €.

2.- El 3 de noviembre de 2017, Sirius Solar interpuso una demanda contra Banco Santander y contra Caixabank en la que solicitaba, con carácter principal, que se declarase la nulidad por error vicio del consentimiento de las confirmaciones que rigen los swaps contratados con las entidades demandadas; y de forma subsidiaria y sucesiva que: (i) se declarasen resueltos dichos contratos de cobertura de tipos de interés por incumplimiento contractual de las demandadas, al prestarse un asesoramiento financiero deficiente; (ii) se declarase la obligación de las entidades demandadas de indemnizar a la actora por los daños y perjuicios causados por ese deficiente asesoramiento financiero; y (iii) se declarase incumplido el contrato de financiación respecto al margen de intermediación bancario.

Además, con base en lo anterior, se solicitaba que se condenase a las demandadas a: (i) restituir el importe de las liquidaciones practicadas conforme a las confirmaciones declaradas nulas, que alcanzaba la cifra de 30.632.391,67 euros, más los intereses legales desde cada una de las liquidaciones

indebidamente practicadas; debiendo, a su vez, la actora restituir a las demandadas el importe de 120.308,19 euros recibidos por tales operaciones, más sus intereses legales; (ii) en caso de considerarse válidas las confirmaciones y eficaces los swaps, solicitaba la condena a las demandadas al pago de la indicada suma de 30.632.391,67 euros, más las liquidaciones que fuesen venciendo hasta la sentencia durante el procedimiento, y los intereses legales desde cada una de las fechas de abono de dichas liquidaciones, en concepto de daños y perjuicios por asesoramiento financiero deficiente; y (iii) en caso de desestimación de las acciones anteriores, solicitaba la condena a Banco Santander al pago de pago de 473.636,12 euros, y a La CAIXA al pago de 117.689,30 euros, más intereses legales desde cada una de las fechas de abono de las liquidaciones incorrectas.

3.- La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda, con base en los siguientes fundamentos. Primero, desestima la excepción de caducidad de la acción conforme al art. 1301 CC y la jurisprudencia de esta sala, pues la demanda se interpuso antes del vencimiento del contrato (30 de junio de 2020), en un momento en que todavía no se había consumado; también rechaza la confirmación del contrato por el hecho de que se hubieran seguido abonando las liquidaciones trimestrales negativas después de la fecha en que se pudo conocer la existencia de un error en el consentimiento contractual, pagos que solo suponían el cumplimiento de las obligaciones asumidas y trataban de evitar la resolución anticipada del contrato principal.

Después, la sentencia pasa a examinar el producto contratado, permuta financiera de tipos de interés (swap), que califica como un derivado o producto financiero complejo, y

considera que "el ofrecimiento de un swap como instrumento de cobertura de interés constituye un servicio de inversión y la entidad bancaria que lo ofrece debe cumplir con las obligaciones de información que le impone la ley del mercado de valores".

A continuación, analiza el perfil del inversor, en particular si se trataba de un inversor profesional o minorista, y concluye que Sirius, en la fecha de formalización de los contratos, no podía ser calificado como inversor profesional.

Seguidamente, la sentencia entra a repasar el régimen normativo de las obligaciones de información que regían para la operación, partiendo de la premisa de que "si los swaps contratados como cobertura de los tipos de interés del crédito concedido son un producto financiero complejo, y el banco realizó un servicio de inversión, y no se ha probado que la demandada ni sus socios fueran inversores profesionales el banco está obligado a cumplir las obligaciones de información que le impone la legislación vigente". En el caso, observa que, aunque las negociaciones se iniciaron antes de la entrada en vigor de la Ley 47/2007, tanto la firma de la escritura pública de crédito, como los CMOFs y los swaps fueron posteriores, en un momento en que estaba en vigor la normativa MiFID. Y concluye que, conforme a este régimen legal, dado que fue el Banesto quien impuso el swap como instrumento de cobertura y realizó un servicio de asesoramiento, estaba obligada a prestar la información necesaria sobre los swaps que estaba contratando. Obligación de información que extiende no solo a Banesto, como banco agente, sino también a La Caixa: "desde que La CAIXA es invitada a participar y se comunica en febrero de 2008 a Sirius S.L., también tenía obligación de informar a Sirius sobre los swaps que iba a firmar con ella y sus efectos sobre los intereses del crédito, la

posible existencia de liquidaciones negativas, y coste de cancelación".

Después, la sentencia examina la jurisprudencia de esta sala sobre el déficit de información y sus consecuencias sobre la validez del consentimiento, que resume: "ese déficit de información, en estrecha relación con la calificación de minorista que hace la entidad financiera de las actoras, puede hacer presumir el error en quien contrató", sin perjuicio de que esta presunción admite prueba en contrario. Sobre esta base, la sentencia pasa a analizar la prueba practicada, de la que concluye que en este caso no se proporcionó información sobre los riesgos de la existencia de elevadas liquidaciones negativas, ni sobre los costes de cancelación anticipada (que podía producirse bien por tratar de obtener financiación de otro banco, o por vencimiento anticipado del crédito, bien por incumplimientos obligacionales bien por las causas objetivas previstas en el contrato - art. 8.4 de la póliza del crédito y art. 20 del anexo I del CMOF -); dicha información no se proporcionó ni en la fase precontractual ni en el momento de la firma de los contratos. Sin embargo, el juez a quo considera que procede la aplicación de la excepción (prueba en contrario de la presunción) porque: (i) Sirius contó con el asesoramiento legal externo del despacho Garrigues Oviedo, "que le podían informar sobre todos los aspectos de la financiación que estaban contratando, incluidos los instrumentos de cobertura o swap"; (ii) en las cuentas consolidadas de Sirius se incluyó a partir de 2012 en la memoria el valor razonable del swap, que hace referencia al coste de cancelación; y (iii) cuando Banesto realizó una propuesta para concertar un nuevo swap para el periodo 2020-2026, Sirius contacta con Variance (expertos financieros) para que negocie con el banco, y en el curso de estas negociaciones Variance hace otra propuesta que incluye

también un swap como instrumento de cobertura, pero con un tipo más bajo.

A la vista de todo lo cual, el juzgado concluye que "por todo lo expresado y al contar con asesoramiento propio no puede prosperar la acción de nulidad por error en el consentimiento". Con base en fundamentos basados en los mismos hechos, la sentencia desestimó también las acciones subsidiarias de resolución contractual, indemnización del art. 1101 CC y enriquecimiento injusto, y también la relativa al incumplimiento contractual por liquidaciones excesivas.

4.- Sirius Solar interpuso un recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, basado en el error en la valoración de la prueba y en la aplicación incorrecta de la jurisprudencia de esta Sala Primera sobre la relevancia del asesoramiento externo a la hora de apreciar o descartar el posible error del consentimiento, y negó haber recibido ese asesoramiento respecto de los aspectos financieros de la operación en la que se encuadraron los contratos de swap litigiosos.

5.- La Audiencia estimó el recurso, revocó la sentencia de primera instancia y estimó la pretensión principal de la demanda. Primero repasa los hechos relevantes del caso: los swaps se concertaron en el marco de un crédito a interés variable; el mismo día de la firma del contrato de financiación se firmaron los CMOFs y poco después los swaps, en los que se preveía que el nocional no podía superar en ningún momento el importe del crédito dispuesto - la amortización o vencimiento anticipado del crédito implicaba la cancelación de la cobertura -; los swaps contratados eran productos financieros complejos y los bancos prestaron un servicio de inversión al contratarlos; ni la demandante, ni sus socios ni las personas que intervinieron como interlocutores en la negociación pueden ser calificados como inversores profesionales;

la información que se debió dar versaba sobre el funcionamiento y riesgos de los instrumentos de cobertura - posibles liquidaciones negativas, coste de cancelación -; no se ha acreditado que esa información se hubiese proporcionado ni en la fase precontractual ni en el momento de la firma de los contratos. Después, constata que ante la falta de impugnación expresa de esos hechos, los alegatos dirigidos a cuestionarlos no podían tomarse en consideración, y sintetiza la ratio decidendi de la sentencia de primera instancia: a pesar del déficit de información, que permite presumir el error, en este caso esa presunción quedó desvirtuada por el hecho de que la actora contaba con asesores externos ""que le podían informar sobre todos los aspectos de la financiación que estaban contratando, incluidos los instrumentos de cobertura o swaps", dándose por suplida la obligación de las demandadas de prestar esa información".

A continuación, la Audiencia explica las razones por las que no comparte la conclusión del juzgado a quo: (i) conforme a la jurisprudencia, la obligación de información de las entidades prestadoras de servicios de inversión es activa, no de mera disponibilidad, por lo que no pueden objetar que la parte que tenía derecho a recibir la información debió asesorarse por un tercero externo; (ii) para que ese asesoramiento desvirtúe la presunción de error, el prestador del servicio debería acreditar el nivel de la información que el cliente obtuvo de ese tercero, pues pretende desplazar a éste el cumplimiento de la obligación que le incumbía; además, ese asesor deberá estar cualificado para prestar la información requerida, incluidos los aspectos financieros de la operación; (iii) en el caso, la actora (o sus gestores o los interlocutores que en su nombre intervinieron en la negociación) contó con el asesoramiento del despacho Garrigues de Oviedo y Granada, pero una cosa

es el asesoramiento legal (sobre el contrato de construcción y mantenimiento de las plantas fotovoltaicas, sobre la estructura societaria o las relaciones entre los distintos socios, sobre autorizaciones administrativas y medioambientales, contratos de crédito o temas fiscales), y otra distinta es el asesoramiento financiero en sí (incluyendo aspectos económicos y costes); (iv) a la vista del conjunto de la prueba, concluye que la actora no desconocía "todas las características, riesgos y el funcionamiento" de los swaps, en concreto el riesgo de liquidaciones periódicas negativas; pero el riesgo de un elevadísimo coste de cancelación se puso de manifiesto cuando en 2013, con el asesoramiento de Variance, aparece un fondo árabe dispuesto a financiar el proyecto, lo que requería la cancelación de los derivados, momento en que surgió la cuestión del coste de su cancelación: sobre este extremo no se ha acreditado que se ofreciese información ni por los bancos demandados ni por los despachos de Garrigues de Oviedo o Granada, ni puede aceptarse que la responsabilidad de proporcionar esa información se desplazase de los bancos a esos despachos; (v) el hecho de que Garrigues Madrid asesorase a las entidades financieras demandadas y que, por esta razón, se incluyese una cláusula sobre conflictos de interés en la propuesta de prestación de servicios por parte de Garrigues a TSK no tiene la relevancia que le atribuye la sentencia de primera instancia, ni implica que el asesoramiento prestado a Sirius fuera más allá del asesoramiento jurídico e incluyera un asesoramiento financiero (que comprendiera sus consecuencias económicas): "se trataba de haber acreditado que la actora conocía y se le explicó, con suficiente detalle y simulaciones, y más allá de la letra de los contratos, los costes asociados a su cancelación anticipada, [y] lo que no se logró"; (vi) cita la jurisprudencia de esta sala sobre la

transcendencia del desconocimiento de los costes de cancelación, incluso en supuestos en que el cliente tenía conocimientos y experiencia sobre el mercado financiero y había recibido información previa, pero no sobre esos costes y la magnitud que pueden alcanzar. Con base en todo lo anterior concluye: "En consecuencia, ante la omisión de toda información referente a la cancelación anticipada de los contratos objeto del procedimiento, y la absoluta falta de claridad de las cláusulas contractuales contenidas en los Contratos Marco de Operaciones Financieras suscritos y anexos, que regulan sus efectos, dado su carácter esencial, y habida cuenta que el coste de esa eventual cancelación forma parte de las condiciones o circunstancias que inciden sustancialmente en la causa del negocio, al afectar a uno de los elementos esenciales del contrato, aquéllos quedan viciado por error en el consentimiento prestado por la entidad actora al concertarlos, que por ser grave y excusable provoca su nulidad, y todo ello con los efectos establecidos en el art. 1.303 del CC".

Finalmente, la Audiencia desestima también el resto de alegaciones de las demandadas: (i) el hecho de que en las cuentas anuales de Sirius desde 2010 aparecieran reflejados los importes pagados por las liquidaciones de los swaps, o que desde las cuentas del 2012 figurase también el coste de su cancelación anticipada, no quiere decir que antes de su contratación (que es el momento a tener en cuenta) conocieran esos costes; (ii) el hecho de que en 2016, y ante la propuesta de Banesto de reestructurar las coberturas, se entablaran negociaciones entre las partes, hasta el punto de que la actora llegara a proponer la concertación de otro swap para el periodo 2020-2026, tampoco permite descartar el error: lo relevante era contar con la información sobre el funcionamiento y los

costes de cancelación en el momento de la contratación; (iii) la posible formación económica o jurídica que pudieran tener los responsables de la negociación por parte de Sirius, en nada afecta a la excusabilidad del error, cuando no se ha probado que tuvieran conocimientos especializados en este tipo de productos; (iv) también rechaza la alegación de Banco Santander sobre la existencia de un injustificado retraso desleal en el ejercicio de la acción de nulidad porque el error no se conoció hasta 2013, y el hecho de que la actora pagase hasta 77 liquidaciones trimestrales o que se tratase de renegociar la financiación ni constituye una voluntad inequívoca de confirmar o convalidar los contratos, ni justifican por sí una confianza en que el ejercicio de la acción de impugnación no sería legítimo.

6.- Banco de Santander ha interpuesto un recurso de casación, articulado en cuatro motivos; y Caixabank ha interpuesto también un recurso extraordinario por infracción procesal, basado en tres motivos, y otro recurso de casación, fundado en tres motivos, que han sido admitidos.

Los óbices de inadmisibilidad aducidos en su oposición por Sirius, que afectan también a la prosperabilidad de los recursos, serán considerados al analizar y resolver el fondo de las cuestiones planteadas en los diferentes motivos de los recursos.

Por razones de ordenación sistemática, comenzaremos analizando el recurso extraordinario por infracción procesal de Caixabank.

Recurso extraordinario por infracción procesal de Caixabank

SEGUNDO.- Formulación y resolución del primer motivo. Incongruencia interna 1.- Planteamiento. El motivo se formula al amparo del art. 469.1.4º de la Ley de

Enjuiciamiento Civil, en relación con el art. 24 de la Constitución española y el art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la jurisprudencia que lo desarrolla, respecto del defecto de motivación (en su vertiente de incongruencia interna) en el que habría incurrido la sentencia impugnada.

Esa infracción, según se alega, se habría producido por la Audiencia al condenar a Caixabank "por incumplir un supuesto deber de asesoramiento e información a Sirius, con respecto a la cláusula de cancelación anticipada, pero, a su vez, afirma en la página 9 de la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida que mi representada no estuvo presente en el momento de negociar los contratos de permuta financiera litigiosos y, por tanto, no pudo incumplir deberes de información y asesoramiento... Si Caixabank no estuvo presente en la fase precontractual ... estaba claramente eximida de cualquier deber de información y no puede estar sujeta, por consiguiente, a las consecuencias de su incumplimiento".

2.- Decisión de la sala. Desestimación.

2.1. Como hemos declarado, entre otras muchas, en las sentencias 169/2016, de 17 de marzo, y 484/2018, de 11 de septiembre, 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 fundamentación jurídica y 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 desembocan en 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).

La lógica a la que se refiere el art. 218.2 LEC es la del 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.

En definitiva, la incongruencia interna puede tener lugar "por contradicción entre los pronunciamientos de un fallo, o bien entre la conclusión sentada en la fundamentación jurídica como consecuencia de la argumentación decisiva - ratio decidendi- y el fallo, o con alguno de sus pronunciamientos" (sentencias 668/2012, de 14 de noviembre; 571/2012, de 8 de octubre; y 291/2015, de 3 de junio).

Además, desde el punto de vista formal, la incongruencia, en cuanto infracción de una de las normas reguladoras de la sentencia que no cabe confundir con la falta de motivación, debe ser denunciada no solo con cita de un específico precepto (el art. 218.1 LEC) sino también por el cauce del art. 469.1-2.º LEC (entre otras muchas, sentencias 497/2015, de 15 de septiembre, 528/2014, de 14 de octubre, 749/2012, de 4 de diciembre, 196/2012, de 26 de marzo, y 786/2011, de 26 de octubre).

2.2. En este caso, además de haberse invocado un cauce procesal erróneo (ordinal 4.º en lugar del 2.º), desde el punto de vista del fondo, no apreciamos incongruencia entre la fundamentación jurídica y el fallo. La sentencia de apelación, tras referirse a una de las alegaciones de Caixabank en su escrito de oposición al recurso de apelación (que cuando se sumó al proyecto de financiación las condiciones ya estaban establecidas), refuta así ese argumento: "frente a tal alegación baste indicar que tal circunstancia no le eximía del cumplimiento de tales obligaciones

[información y asesoramiento] con carácter previo a la concertación de los dos swaps contratados con ella por la actora". Algo perfectamente coherente teniendo en cuenta que Caixabank se sumó al proyecto el 5 de febrero de 2008 y las confirmaciones de los swaps se firmaron el 26 de marzo y el 24 de julio de 2008, por tanto, después de su incorporación. Ninguna contradicción cabe apreciar entre esa fundamentación y el fallo estimatorio de la demanda.

2.3. En consecuencia, el motivo se desestima.

TERCERO.- Formulación de los motivos segundo y tercero.

1.- Planteamiento del motivo segundo. Este motivo se formula al amparo del art. 469.1.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el art. 461.1 de la misma Ley y la jurisprudencia que la desarrolla, respecto de los requisitos que deben concurrir para impugnar una sentencia.

En su desarrollo, se aduce que la afirmación de la Audiencia de que al no haber impugnado Caixabank los hechos declarados probados por la sentencia de primera instancia, estos han adquirido firmeza y no podían ser ya objeto de discusión, es contraria al art. 461.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la jurisprudencia que lo interpreta, según la cual la impugnación de una sentencia solo procederá cuando el fallo le ocasione a la parte un gravamen, cosa que no sucedió en este caso pues la sentencia de primera instancia desestimó la demanda, lo que explica que las demandadas no la impugnarán. En consecuencia, entiende que ahora debe admitirse la posibilidad de discutir de nuevo la base fáctica del proceso, para combatir los hechos que considera contrarios a una correcta valoración de la prueba.

2.- Planteamiento del motivo tercero. Este motivo se formula al amparo del art. 469.1.4.º

de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el art. 24 de la Constitución española y los arts. 326 y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la jurisprudencia que los interpreta, en relación con la práctica de la prueba pericial y la consiguiente valoración de la misma por parte de la Audiencia con respecto a la conclusión alcanzada en la sentencia impugnada de que Sirius es un cliente minorista. La recurrente afirma que el derecho que se considera vulnerado es el derecho a la tutela judicial efectiva porque la Audiencia "ha valorado la prueba pericial de forma manifiestamente errónea con respecto de la calificación de Sirius como cliente minorista".

En su desarrollo, se aduce que la Ley del Mercado de Valores establece dos criterios para determinar si estamos ante un cliente minorista o profesional: uno atiende a la experiencia, conocimientos y cualificación del cliente; y otro es de naturaleza puramente económica, en base al cumplimiento de determinados requisitos de naturaleza contable (activos, cifra anual de negocios y recursos propios). Y a la vista de las pruebas documentales y periciales obrantes en las actuaciones considera que tanto Sirius como su accionista mayoritario, TSK, cumplían los requisitos económicos para ser calificados como clientes profesionales, por tanto, capacitados para comprender las permutas litigiosas y la cláusula de cancelación anticipada discutida.

3.- Resolución conjunta. Dada la conexión jurídica y lógica de las cuestiones que se plantean en ambos motivos resulta procedente su análisis y resolución conjunta.

CUARTO.- Decisión de la sala. Los límites a la revisión de la prueba en el recurso extraordinario por infracción procesal. La clasificación de la demandante como cliente minorista. Desestimación 1.- El art. 461.1 LEC,

cuya infracción se denuncia en el segundo motivo, dispone que "del escrito de interposición del recurso de apelación, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado a las demás partes, emplazándolas por diez días para que presenten, ante el Tribunal que dictó la resolución apelada, escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable".

La recurrente considera que la Audiencia infringió este precepto al negarse a reabrir el debate sobre determinados elementos de la base fáctica fijada en la sentencia de primera instancia, que relaciona fundamentalmente con la clasificación de la demandante como cliente minorista, al considerar que para ello no era suficiente que Caixabank hubiera alegado esa discrepancia en su escrito de oposición al recurso de apelación, sino que era necesario que hubiera formulado una impugnación de la sentencia de primera instancia, para la que, a juicio de la recurrente, carecía de gravamen en los términos exigidos por el citado art. 461.1 LEC.

2.- La demandante y ahora recurrida ha invocado la doctrina jurisprudencial sobre el "gravamen eventual" contenida en la sentencia de esta Sala Primera 532/2013, de 19 de septiembre, que se hace eco de otras anteriores, y que fue reiterada en la sentencia 331/2016, de 19 de mayo, de la que, a su juicio, se desprendería que la objeción sobre la falta de gravamen para impugnar la sentencia de primera instancia (la demandada no podría recurrir pues la demanda fue desestimada) resulta superada cuando el demandante formula un recurso de apelación que puede afectar desfavorablemente a la demandada en caso de resultar estimado, en particular por haber considerado el juez a quo a la demandante como un inversor minorista y no profesional, apreciación que Caixabank

cuestiona con base en los datos contables de Sirius y de su principal accionista TSK en el momento de la contratación de las permutas financieras litigiosas.

Dado que la discrepancia sobre esta valoración es también la que da lugar a la denuncia de la infracción legal y constitucional en la que se centra el tercer motivo de este recurso, la eventual estimación de este segundo motivo solo tendría efecto útil de modificar el fallo de la sentencia si el tercer motivo fuese a su vez estimado, lo que exige que entremos ahora a examinarlo.

3.- Para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso extraordinario por infracción procesal, con fundamento en el art. 469.1.4º LEC, debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

3.1. En las sentencias de esta sala 418/2012, de 28 de junio, 262/2013, de 30 de abril, 44/2015, de 17 de febrero, 303/2016, de 9 de mayo, y 411/2016, de 17 de junio (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 a estos efectos, 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.

Por ello, como también hemos declarado reiteradamente (v.gr. en la sentencia 635/2012, de 2 de noviembre) mediante este recurso no procede "tratar de desvirtuar una apreciación probatoria mediante una valoración conjunta efectuada por el propio recurrente para sustituir el criterio del tribunal por el suyo propio".

3.2. En lo ahora relevante para resolver este recurso por infracción procesal, en la instancia se desestimó la tesis de las demandadas sobre la consideración como inversor profesional de Sirius y de su principal accionista (TSK), en síntesis, por estas razones: (i) en la fecha de formalización de los contratos, Sirius no podía ser clasificada como inversor profesional: se constituyó por exigencia de Banesto como sociedad vehicular del proyecto y para que figurara como acreditada, era una "carcasa vacía", por lo que Banesto exigió que TSK se integrase como socio asumiendo el 80% de las participaciones sociales (aunque se preveía la reducción posterior de su participación hasta el 30%); en 2007 todavía no había iniciado su actividad y por ello el resultado obtenido era negativo; y (ii) en cuanto a los socios de Sirius: (a) TSK: cuando se inician las negociaciones no estaba en vigor el art. 78 bis de la Ley del Mercado de Valores, modificado por la Ley 47/2007, de 17 de diciembre; aunque en esas fechas TSK reunía las condiciones económicas previstas en esa norma, no consta que el banco realizara su clasificación y se la comunicara, para que pudiera recurrir esa clasificación si no estaba de acuerdo; tampoco se ha probado que TSK tuviera conocimientos financieros que permitieran clasificarla como inversor profesional; su objeto es ajeno al mundo financiero, es una empresa de ingeniería dedicada al diseño, instalación y construcción de plantas fotovoltaicas; su consejero delegado, Sr. Prudencio, interlocutor con el banco, es economista, pero no tiene especiales conocimientos

financieros; la razón por la que se integró en Sirius fue la exigencia de Banesto para financiar el proyecto; nunca antes había contratado ningún swap de tipos de interés, ni ningún otro producto financiero complejo; tampoco tenía esa experiencia ni conocimientos financieros el abogado de la empresa Sr. Celso, solo intervino en la contratación relativa al proyecto técnico (contrato llave en mano), pero no revisaba la contratación financiera; (b) Altair Solar: se integra por 149 sociedades limitadas constituidas por los titulares de los terrenos en los que se iban a instalar las plantas, y por Melfosur, empresa de ingeniería dedicada a la instalación y conservación de plantas eléctricas; tampoco se ha acreditado que ninguna de ellas, ni los Sres. Onesimo y Edmundo (que actuaron como interlocutores del banco, en representación de Sirius) hubieran suscrito antes ningún derivado o producto financiero complejo, ni que tuvieran especiales conocimientos financieros cuando suscribieron los swaps.

3.3. Esta consideración de la demandante como inversor minorista fue asumida por la Audiencia que parte de la premisa de "la obligación de información que pesa sobre una entidad bancaria a la hora de prestar un servicio de asesoramiento en materia de inversión a sus clientes minoristas, y al promover o facilitar la contratación de derivados financieros como los que son objeto del presente procedimiento, es activa y no de mera disponibilidad", y que admitir que las demandadas queden "eximidas de cualquier tipo de responsabilidad, a pesar de incumplir esa obligación de informar en los términos que le impone la normativa bancaria existente, escudándose en que se la pudo o tuvo que haber proporcionado otro, como podría ser un asesor, ya fuese interno o externo, [...] implicaría aceptar que en los casos en los que un cliente minorista se valga

de asesores, esa obligación activa que debe serle prestada de manera rigurosa se desnaturalizaría hasta el punto de tornarse en otra de mera disponibilidad".

En definitiva, el tratamiento por los tribunales de instancia de cliente minorista no se basó directamente en la fijación o negación de los hechos a que se refiere la recurrente (datos contables), sino en una valoración jurídica erigida, en esencia, en que, aunque en el momento de contratación de los swaps ya estaba en vigor la legislación MiFID, que obligaba a las demandadas a clasificar a Sirius antes de la contratación de los productos litigiosos, esa clasificación y su notificación, a los efectos de su eventual impugnación, no llegó a realizarse en ningún momento.

3.4. Estas consideraciones son valoraciones jurídicas, no fácticas, y, en consecuencia, no revisables por el cauce de este recurso extraordinario por infracción procesal. Como hemos declarado reiteradamente, no cabe confundir la revisión de la valoración de la prueba, que se refiere a la fijación o determinación de los hechos, con la revisión de las valoraciones jurídicas extraídas de los hechos considerados probados. Ambas cuestiones se refieren a ámbitos diferentes, fácticos y jurídicos, respectivamente. En el recurso extraordinario por infracción procesal, la primera revisión es posible, en los términos excepcionales antes indicados; mientras que la segunda es jurídica y deberá ser impugnada, en su caso, en el recurso de casación, si con tal valoración se infringe la normativa legal reguladora de la materia y su interpretación jurisprudencial.

4.- Por tanto, debemos desestimar este motivo tercero del recurso y, en consecuencia, desestimar también el motivo segundo porque, en todo caso, su eventual estimación carecería de efecto útil para modificar el fallo de la sentencia. Como

recordábamos en la sentencia 429/2013, de 11 de junio, "no puede surtir efecto un motivo que no determine una alteración del fallo recurrido pues el recurso no procede cuando la eventual aceptación de la tesis jurídica del recurrente conduce a la misma solución contenida en la sentencia recurrida (SSTS núms. 306/1995, de 7 de abril; 593/2006, de 15 de junio; 1318/2006, de 26 de diciembre; 1239/2007, de 29 de noviembre; 219/2011, de 28 de marzo; 186/2011, de 29 de marzo) [...]".

Recursos de casación

QUINTO.- Recurso de casación (i). Formulación del primer motivo del recurso de Caixabank 1.- Planteamiento. El motivo, al amparo del art. 477.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción del art. 1281 del Código civil, en relación con la doctrina jurisprudencial sobre las reglas de interpretación de los contratos.

2.- Al desarrollar el motivo, resumidamente, se argumenta que la Audiencia concluye que la cláusula de cancelación anticipada incluida en el CMOF litigioso reconoce a las partes la facultad de desistir de los contratos de permuta financiera de forma unilateral, y sobre la base de que no se dio información sobre esa cláusula declara la nulidad de los contratos impugnados. Considera que con ello incurre en una vulneración del art. 1281 CC, que obliga a partir de la interpretación literal de los contratos, porque de la redacción de los contratos litigiosos (permutas y CMOF) no resulta la citada facultad de desistir unilateralmente.

SEXTO.- Decisión de la sala (i). Interpretación de los contratos. Desestimación 1.- Como hemos hecho en otras ocasiones, debemos partir de dos consideraciones previas. La primera se refiere al sentido de las reglas legales de interpretación de los contratos, de

conformidad con la finalidad de la interpretación, tal y como se viene entendiendo por la jurisprudencia (sentencias 294/2012, de 18 de mayo, 27/2015, de 29 de enero, y 13/2016, de 1 de febrero).

El principio rector de la labor de interpretación del contrato es la averiguación o búsqueda de la voluntad real o efectivamente querida por las partes. Esta búsqueda de la intención común de las partes se proyecta, necesariamente, sobre la totalidad del contrato celebrado, considerado como una unidad lógica y no como una mera suma de cláusulas, de ahí que la interpretación sistemática (art. 1285 CC), como afirma la recurrente, constituya un presupuesto lógico- jurídico de esta labor de interpretación.

No obstante, el sentido literal, como criterio hermenéutico, es el presupuesto inicial, en cuanto que constituye el punto de partida desde el que se atribuye sentido a las declaraciones realizadas, se indaga la concreta intención de los contratantes y se ajusta o delimita el propósito comercial proyectado en el contrato.

Cuando los términos son claros y no dejan duda alguna sobre la intención de los contratantes, la interpretación literal no sólo es el punto de partida sino también el de llegada del fenómeno interpretativo, e impide que, con el pretexto de la labor interpretativa, se pueda modificar una declaración que realmente resulta clara y precisa.

A ello responde la regla de interpretación contenida en el párrafo primero del art. 1281 CC ("si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas").

Pero, en otro caso, la interpretación literal también contribuye a mostrar que el contrato

por su falta de claridad, por la existencia de contradicciones o vacíos, o por la propia conducta de los contratantes, contiene disposiciones interpretables, de suerte que la labor de interpretación debe seguir su curso, con los criterios hermenéuticos a su alcance (arts. 1282- 1289 CC), para poder dotar a aquellas disposiciones de un sentido acorde con la intención realmente querida por las partes y con lo dispuesto imperativamente en el orden contractual.

2.- La segunda consideración se refiere al alcance de la revisión en casación de la interpretación realizada en la instancia: la interpretación de los contratos constituye una función de los tribunales de instancia, y la realizada por estos ha de prevalecer y no puede ser revisada en casación salvo cuando sea contraria a alguna de las normas legales que regula la interpretación de los contratos o se demuestre su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario (sentencias 524/2013, de 23 de julio, y 252/2014, de 14 de mayo).

Como resumimos en la sentencia 198/2021, de 26 de marzo: "Es doctrina constante de esta Sala que la interpretación de los contratos constituye función de los tribunales de instancia, por lo que la realizada por estos ha de prevalecer y no puede ser revisada en casación en la medida en que se ajuste a los hechos considerados probados por aquella en el ejercicio de su función exclusiva de valoración de la prueba, salvo cuando se demuestre su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario.

[...] el único objeto de discusión a través del recurso de casación sobre la interpretación contractual, no se refiere a lo oportuno o conveniente, sino la ilegalidad, arbitrariedad o contradicción del raciocinio lógico. Por ello salvo en estos casos, prevalecerá el criterio del tribunal de instancia aunque la interpretación

contenida en la sentencia no sea la única posible, o pudiera haber alguna duda razonable acerca de su acierto o sobre su absoluta exactitud (SSTS de 4 de abril de 2011, RC n.º 41/2007; 13 de junio de 2011, RC n.º 1008/2007; 4 de octubre de 2011, RC n.º 1551/2008 y 10 de octubre de 2011, RC n.º 1148/2008, entre las más recientes)".

3.- En este caso, esta sala no considera que la interpretación del contrato litigioso hecha por la sentencia impugnada sea manifiestamente ilógica ni contraria a la regla de interpretación contenida en el art. 1281 CC, que se denuncia infringida, por lo que debemos desestimar este motivo del recurso. La previsión de la cancelación anticipada de las permutas financieras resulta del art. 8.4 del contrato de crédito que, en relación con las coberturas, establece que: "Como consecuencia de la amortización anticipada voluntaria u obligatoria del crédito, el importe dispuesto del crédito no podrá ser superior al nominal de los contratos de cobertura de riesgos de tipo de interés. Por tanto, la acreditada vendrá obligada a, simultáneamente a la amortización anticipada, deshacer o reducir las coberturas contratadas bajo los contratos de cobertura de riesgos de tipos de interés a fin de cumplir esta obligación".

También se refleja la previsión de la cancelación anticipada en la cláusula 20 del Anexo I del CMOF para el caso citado de amortización anticipada del crédito cubierto, en cuyo caso se dispone que "los posibles costes en que se incurra como consecuencia de la cancelación o amortización anticipada total de las operaciones que se encuentren en curso, serán de cuenta de Sirius". Incluso se prevé que cuando la amortización sea fruto de una refinanciación del crédito, si como consecuencia de la misma se vieran perjudicadas las garantías reales o personales otorgadas a favor del proveedor del derivado,

"el proveedor podrá cancelar unilateralmente el presente Contrato Marco y/o las operaciones realizadas al amparo del mismo".

Finalmente, la cláusula novena del CMOF contiene una prolija regulación de las "causas de vencimiento anticipado por circunstancias imputables a las partes", que incluye entre esas causas que cualquiera de las partes del contrato incurra en incumplimiento de sus obligaciones o en situación de insolvencia. Es decir, un incumplimiento por parte de Banco Santander o de Caixabank facultaría a la acreditada a anticipar el vencimiento del contrato, desencadenando la muy onerosa consecuencia de imponer a la parte que sufre el incumplimiento el pago de los costes de cancelación anticipada.

Finalmente, la cláusula décima del CMOF incluye otra lista de causas de vencimiento anticipado por circunstancias sobrevenidas, entre las que se incluye la de que "con posterioridad a la fecha en que se haya suscrito una operación, se modifiquen o se adopten nuevas disposiciones legales o reglamentarias aplicables a la misma o se modifique la interpretación judicial o administrativa de dichas disposiciones [...]", o cuando "se modifiquen o adopten nuevas disposiciones legales o reglamentarias de carácter fiscal, como consecuencia de las cuales, la parte y/o sus garantes (la parte acreditada) que haya de realizar los pagos deba practicar repercusiones, deducciones o retenciones por o a cuenta de un tributo [...]".

A ello responde que la sentencia de primera instancia declarase que "el hecho de que la actora se obligue a mantener vigente el instrumento de cobertura durante un periodo determinado (12 años) no significa que no puedan surgir situaciones en las que debe procederse a la cancelación anticipada del swap consecuencia del vencimiento

anticipado del préstamo al que va vinculado o de su amortización anticipada".

Es más, la propia recurrente admite en su recurso la existencia de la cláusula de cancelación anticipada, cuando en el motivo tercero alega que, a la vista de las particularidades del presente caso, "concurren circunstancias suficientes (personales y de otro tipo) para concluir que Sirius contó con los conocimientos y herramientas suficientes para haber conocido, con una mínima diligencia, la existencia y el funcionamiento de la cláusula de cancelación anticipada".

4.- En definitiva, como sostiene la sentencia 1228/2023, de 14 de septiembre (con cita de las sentencias 292/2011, de 2 de mayo, reiterando las 559/2010, de 21 de septiembre, y 480/2010, de 13 de julio), "la función de interpretación de los contratos corresponde a los tribunales de instancia y tal interpretación ha de ser mantenida en casación salvo que su resultado se muestre ilógico, absurdo o manifiestamente contrario a las normas que la disciplinan". Y en el presente caso la interpretación de las reseñadas cláusulas de los contratos que hace la sentencia recurrida resulta perfectamente razonable, no es absurda ni ilógica, ni manifiestamente contraria a las reglas que disciplinan la interpretación contractual.

5.- En consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

SÉPTIMO.- Recurso de casación (ii).
Formulación de los motivos segundo y tercero del recurso de CaixaBank, y de los motivos segundo, tercero y cuarto del recurso de Banco de Santander
1.- Planteamiento de los motivos del recurso de CaixaBank
1.1. Motivo segundo. Denuncia la infracción de los arts. 1256 (sic) y 1266 del Código civil, en relación con la doctrina jurisprudencial sobre el error

vicio (sentencias 323/2015, de 30 de junio, 537/2018, de 28 de septiembre, 523/2018, de 24 de septiembre, y 663/2018, de 22 de noviembre), al afirmar que la demandante había sufrido un vicio del consentimiento al suscribir las permutas financieras litigiosas "ante la omisión de toda información referente a la cancelación anticipada (...) y la absoluta falta de claridad de las cláusulas contractuales contenidas en los Contratos Marco de Operaciones Financieras y anexos que regulan sus efectos".

En su desarrollo se afirma que esa infracción se habría producido al ignorar la Audiencia determinados hechos probados que permiten enervar las consecuencias del déficit de información respecto de la cláusula de cancelación anticipada, en concreto: (i) que la negociación duró varios meses; (ii) que Sirius contó durante las negociaciones con el asesoramiento del despacho Garrigues (el Sr. Francisco); (iii) que los borradores de los contratos fueron revisados por Sirius y sus asesores; (iv) que Sirius era conocedora del funcionamiento y riesgos de las permutas financieras; (v) que hasta la presentación de la demanda la actora había venido pagando las liquidaciones negativas de los swaps, sin mostrar discrepancia; (vi) que en las cuentas anuales de Sirius de 2012 (y en las posteriores) se incluyó el coste de cancelación de las coberturas. Y sostiene que, con base en estos hechos, la Audiencia debió concluir que, pese al déficit informativo, "Sirius se hizo una idea cabal de la naturaleza y funcionamiento de la cláusula de cancelación anticipada y por ello los contratos litigiosos son totalmente válidos".

1.2. Motivo tercero. Denuncia también la infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código civil, sobre los presupuestos del error vicio en los contratos de permuta financiera y, en particular, su excusabilidad. Se cita, además,

como jurisprudencia infringida la contenida en las sentencias de esta sala 537/2018, de 28 de septiembre, 356/2019, de 25 de junio, 1279/2006, de 11 de diciembre, y 818/1999, de 30 de septiembre.

En su desarrollo, se mencionan como hechos relevantes a los efectos de este motivo los siguientes: (i) que TSK reunía a la fecha de las negociaciones las condiciones económicas previstas en el art. 78 LMV, aunque nunca fuese clasificado como inversor profesional; (ii) que Sirius contó con el asesoramiento del despacho de abogados Garrigues; (iii) que los borradores de los contratos fueron revisados por Sirius y sus asesores; y (iv) que en las cuentas anuales de 2012 de Sirius se incluyó el coste de cancelación de las coberturas.

Y razona que, conforme a la jurisprudencia, el error solo tiene eficacia invalidante cuando no haya podido ser evitado empleando una diligencia media o regular, porque es preciso proteger al contratante que ha confiado en la apariencia generada por la otra parte con su conducta; y que entre las circunstancias que la jurisprudencia ha ponderado para valorar la excusabilidad del error figuran las características personales de la actora y las posibilidades que tuvo para acceder a la información relativa al contrato. Y a la vista de los citados hechos considera que en el presente caso "concurren circunstancias suficientes (personales y de otro tipo) para concluir que Sirius contó con los conocimientos y herramientas suficientes para haber conocido, con una mínima diligencia, la existencia y el funcionamiento de la cláusula de cancelación anticipada", lo que determinaría que el vicio fuese inexcusable.

2.- Planteamiento de los motivos del recurso de Banco Santander 2.1. Motivo segundo. Denuncia la infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código civil, en relación con la doctrina jurisprudencial sobre el error vicio (con cita de

las sentencias de esta sala 323/2015, de 30 de junio, 537/2018, de 28 de septiembre, 523/2018, de 24 de septiembre, y 663/2018, de 22 de noviembre).

En su desarrollo, en síntesis, se aduce que la sentencia impugnada no ha valorado correctamente la relevancia de determinados actos posteriores a la contratación que, a juicio de la recurrente, integrarían una conducta de Sirius incompatible con la existencia de un error esencial y excusable sobre los costes de cancelación, y con virtualidad para enervar la presunción de su existencia. Los hechos a los que se refiere son los siguientes: (i) Sirius cumplió las permutas sin mostrar disconformidad en ningún momento; (ii) en sus cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012 ya se hacía constar el valor razonable de las permutas, que se corresponde con el coste de cancelación; (iii) en 2013 Sirius contrató a Variance para que le prestara asesoramiento financiero en relación con las permutas, y Variance calculó el coste de cancelación, momento en que descubre que ese coste estaba entre 19 y 20 millones de euros; (iv) Sirius, después de conocer el coste de cancelación, continuó pagando las liquidaciones negativas sin mostrar su disconformidad; (v) ese silencio de Sirius contrasta con la "nueva fase de tensión" que se inició en 2014 al comunicarle el banco que el nuevo régimen derivado del Real Decreto 661/2007, y su consecuencia de pérdida del derecho a la percepción de primas, constituía una causa de resolución y de no reparto de dividendos; (vi) en 2016, ante la propuesta de Banesto de reestructurar las coberturas, Sirius propuso la contratación de una nueva permuta. La recurrente considera que estos hechos, con especial énfasis en el silencio de Sirius y la continuidad de los pagos de las liquidaciones trimestrales después de conocer

el coste de cancelación, son suficientes para desvirtuar la presunción de error.

2.2. Motivo tercero. Se funda también en la vulneración de los arts. 1265 y 1266 del Código civil, en relación con la jurisprudencia relativa a los requisitos del error vicio y, en particular, la exigencia de esencialidad.

Al desarrollar el motivo, se alega que la sentencia no ha valorado correctamente, a efectos de desvirtuar la esencialidad del error, estos hechos: (i) la finalidad de las permutas era estabilizar los costes financieros del proyecto, por lo que los costes de cancelación no podían ser un elemento esencial; (ii) en las confirmaciones no se incluye ninguna cláusula relativa a la posibilidad de desistimiento unilateral de las permutas; (iii) los CMOF tampoco regulaban la cancelación anticipada voluntaria y, en todo caso, prevén el pago de una cantidad; y (iv) Sirius nunca mostró interés en la cancelación anticipada, ni antes ni después de las permutas. La recurrente añade que la jurisprudencia sentada por esta sala sobre la esencialidad del error sobre los costes de cancelación de los swaps no puede aplicarse a un supuesto como el presente, porque en los contratos litigiosos no se establece el derecho a la cancelación anticipada unilateral, pues la finalidad del contrato era estabilizar a largo plazo los costes financieros del proyecto, por lo que debe descartarse que si Sirius hubiera conocido los costes de cancelación no hubiera contratado. Además, Sirius sabía que "si quería cancelar tendría que pagar alguna cantidad porque así resultaba de la cláusula 14.ª del CMOF".

2.3. Motivo cuarto. Se funda también este motivo en la contravención de los artículos 1265 y 1266 del Código civil sobre los presupuestos del error vicio en los contratos de permuta financiera y, en particular, su excusabilidad.

En el desarrollo de su fundamentación se alega, resumidamente, que en caso de existir el error y ser esencial, sería inexcusable por ser imputable a la falta de diligencia de Sirius, según resultaría, a juicio de la recurrente, de los siguientes hechos que no habrían sido valorados correctamente por la Audiencia: (i) la necesidad de contratar las coberturas estaba contemplada en la oferta de financiación emitida por Banesto y aceptada por Sirius sin condiciones; (ii) el perfil de los intervinientes en las negociaciones por parte de Sirius, en concreto los Sres. Prudencio, economista, y Celso, abogado; (iii) Sirius contó con los asesores que estimó conveniente (despacho Garrigues); (iv) los borradores de los contratos fueron revisados por Sirius y sus asesores; en concreto, pudieron revisar el CMOF en el que se regulaban las "previsiones de vencimiento anticipado por incumplimiento de las obligaciones de las partes o por el acaecimiento de circunstancias sobrevenidas", así como "la cantidad a pagar si existieran las mencionadas causas imputables a las partes o causas objetivas", que se determinaría "aplicando el Criterio de Valor de Mercado"; (v) el borrador de contrato de crédito también estuvo a disposición de TSK y de Garrigues antes de su firma, y en ese borrador ya se preveía la necesidad de formalizar las coberturas.

Considera la recurrente que la valoración sobre la excusabilidad del error debe hacerse desde los criterios "clásicos" de la jurisprudencia: el deber de autoinformarse, el deber de diligencia de los empresarios en la contratación, la protección de la confianza legítima, etc, sin proteger a quien ha padecido el error por su conducta negligente. Banesto no era asesor de Sirius, sino un ofertante de financiación; en sus negociaciones cada parte "tenía el deber de autoinformarse y defender sus intereses"; Sirius eligió a sus asesores y

debe pasar por las consecuencias de haberlos elegido.

3.- Resolución conjunta. Dado que los cinco motivos se refieren a una misma cuestión (la existencia o no de un error vicio invalidante del consentimiento), con distintos argumentos que se conectan entre sí y giran en torno a dicha cuestión de fondo, las resolveremos de forma conjunta.

OCTAVO.- Decisión de la sala (ii). Acción de nulidad por error en el consentimiento de los contratos de permuta financiera litigiosos 1.- Los deberes de información y de conducta de las empresas prestadoras de servicios de inversión en la comercialización de productos financieros complejos. Doctrina jurisprudencial.

1.1. La oferta del crédito realizada por Banesto (en la ya que se preveía, sin concretar su modalidad, la exigencia de las coberturas de los tipos de interés), aunque elevado a público posteriormente (el 4 de marzo de 2008), fue aceptada por Sirius el 5 de diciembre de 2007, fecha en la que todavía no se había reformado la LMV, con la introducción de los arts. 78 bis y 79 bis, pero sí estaba en vigor el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, cuyo art. 5 del anexo establecía: "1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].

"3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca

con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos".

Además, cuando las entidades realicen actividades de asesoramiento a sus clientes deberían: "a) Comportarse leal, profesional e imparcialmente en la elaboración de informes.

"b) Poner en conocimiento de los clientes las vinculaciones relevantes, económicas o de cualquier otro tipo que existan o que vayan a establecerse entre dichas entidades y las proveedoras de los productos objeto de su asesoramiento".

1.2. A su vez, cuando se suscribieron las confirmaciones de los swaps litigiosos (en marzo y julio de 2008), las "normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes" del art. 19 de la Directiva MiFID ya habían sido traspuestas al Derecho interno por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo una nueva redacción de los arts. 78 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores (LMV). También se había aprobado el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero (en lo sucesivo, RD 217/2008), sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación.

El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles "de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión", que "deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos

asociados a tales instrumentos o estrategias" (apartado 3).

El art. 64 RD 217/2008 regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe "proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional". Y aclara que esta descripción debe "incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas".

1.3. Además, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad.

Establece el apartado 7 del art. 79 bis LMV que la entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada.

Conforme al apartado 6 del art. 79 bis LMV, el test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad,

que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan. En el caso de los clientes profesionales la entidad que presta el servicio queda dispensada de tener que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente (no así de la obligación de obtener información sobre sus objetivos de inversión y sobre su situación financiera).

1.4. En las sentencias 535/2015, de 15 de octubre; 549/2015, de 22 de octubre, 668/2015, de 4 de diciembre, 154/2016, de 11 de marzo; 524/2019, de 8 de octubre, 618/2019, de 19 de noviembre, y 21/2021, de 21 de enero, entre otras, se precisan cuáles son los deberes de información imparcial, que la normativa sectorial impone a las entidades comercializadoras de los swaps sobre sus características y riesgos típicos. Información que concreta en los siguientes extremos: (i) el elevado componente de aleatoriedad, (ii) la existencia de un conflicto de intereses entre la empresa de servicios de inversión y su cliente, (iii) el valor inicial de mercado del swap, (iv) si hay desequilibrio entre las posiciones económicas de las partes, (v) que el riesgo ilimitado de pérdidas no es teórico y que puede llegar a ser ruinoso; y (vi) el coste de la cancelación anticipada.

1.5. En el presente caso, conforme a la base fáctica fijada en la instancia: (i) los swaps contratados son productos financieros complejos sujetos a la legislación del mercado de valores y al régimen normativo sobre deberes de conducta y obligaciones de información reseñados; (ii) no consta que las entidades financieras realizasen los test de conveniencia e idoneidad previstos en la

reseñada normativa del mercado de valores, ni procediesen a la clasificación del cliente como profesional o minorista; y (iii) tampoco consta el cumplimiento de los deberes de información impuestos por la legislación del mercado de valores (sin perjuicio de la modulación de estos deberes, en un caso como el presente, a que después nos referiremos). En concreto, la Audiencia declaró que: "las demandadas, a quienes les incumbía la carga de la prueba, no habían acreditado que hubiesen prestado a la actora, ni en fase precontractual ni a la hora de la firma, información suficiente, con ejemplos y simulaciones para que pudieran conocer las características, funcionamiento y el coste de cancelación de los productos adquiridos, ya que no bastaba a tales efectos la que pudiera desprenderse del clausulado de los contratos escritos. En concreto, se declaró probado que los empleados de Banesto no explicaron el funcionamiento del swap, hasta el punto de que D. Lucio, experto dedicado a estructurar la financiación, reconoció que ni le informó ni hizo simulaciones a la actora, ni a las personas con las que negoció".

1.6. A este respecto, sobre la relevancia de la información de los costes de cancelación o resolución anticipada de las permutas financieras, y su incidencia sustancial en la causa del negocio, hemos declarado en la sentencia de pleno 491/2015, de 15 de septiembre, reiterada posteriormente por otras muchas (recientemente en la sentencia 356/2023, de 8 de marzo): "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".

2.- La presunción de error en el consentimiento prestado por el cliente en la contratación de productos financieros complejos en caso de incumplimiento de las obligaciones de información impuestas por la legislación del mercado de valores 2.1. Si bien esta sala ha declarado reiteradamente que, sin perjuicio de las sanciones administrativas previstas legalmente, no es aplicable la sanción de nulidad absoluta prevista en el art. 6.3 del Código Civil al contrato en cuya concertación la empresa de inversión infrinja las normas de conducta y de información que establece la normativa de mercado de valores (vid. v.gr. sentencia 558/2019, de 23 de octubre), sin embargo, con igual reiteración

hemos declarado que esos incumplimientos sí pueden dar lugar a la anulación del contrato por error vicio del consentimiento y, en su caso, a una responsabilidad civil que obligue al resarcimiento de los daños y perjuicios causados.

Ese déficit informativo sobre los riesgos del producto no determina por sí mismo la existencia del error en el consentimiento, en los términos de los arts. 1265 y 1266 CC, pero sí permite presumirlo (sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 356/2023, de 8 de marzo, entre otras muchas).

Como declaramos en la sentencia 107/2022, de 9 de febrero: "El que se imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como la permuta financiera de tipos de interés y la confirmación de opciones de tipos de interés collar contratadas por la sociedad recurrente, el deber de suministrar al cliente inversor no profesional una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el inversor no profesional pueda prestar válidamente su consentimiento. De tal forma que el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata, pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada. Y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.

"Es jurisprudencia constante de esta sala que "lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el

cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Sin perjuicio de que en estos casos hayamos entendido que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. No es que este incumplimiento determine por sí la existencia del error vicio, sino que permite presumirlo" (sentencia 560/2015, de 28 de octubre, con cita de la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014)".

2.2. Ahora bien, esa presunción es *iuris tantum* y, por tanto, admite prueba en contrario. Como declaramos en la sentencia 32/2017, de 19 de enero (entre otras), la presunción de que el incumplimiento del deber de información conlleva la contratación del producto financiero con error vicio, no impide que pueda demostrarse que, a pesar de no haber quedado acreditado debidamente el cumplimiento riguroso o estricto de los deberes de información, el cliente prestó su consentimiento con conocimiento de las características de la operación y los concretos riesgos que asumía.

La tesis impugnativa de las recurrentes se funda en afirmar que las concretas circunstancias concurrentes en este caso, en los términos que se dirán, deben considerarse suficientes para desvirtuar la presunción de existencia del error, o bien su esencialidad y excusabilidad. La Audiencia rechazó esta tesis y consideró que las circunstancias particulares del caso no son suficientes para enervar la

presunción del error, ni su carácter esencial y excusable.

2.3. De este modo, en nuestro caso, en principio, opera la presunción de error vicio como consecuencia de la falta de acreditación del cumplimiento de los deberes de prestar información clara y completa sobre los concretos riesgos que se asumían con la contratación de los swaps (en particular, el elevado coste de su cancelación anticipada). Y la cuestión controvertida gira en torno a si concurren otras circunstancias que desvirtúen esa presunción.

NOVENO.- Decisión de la sala (iii). Los hechos que las recurrentes invocan como enervantes de la presunción del error invalidante del consentimiento 1.- Determinación del perfil profesional o minorista de Sirius y TSK. Efectos de la omisión de su clasificación 1.1. En el tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal Caixabank había suscitado la existencia de un error en la valoración de la prueba en la instancia en relación con los datos contables de Sirius y de su principal accionista TSK, lo que, a su juicio, condujo a los tribunales de instancia al error de considerar que la demandante debía recibir el trato (deberes de conducta e información) que la legislación del mercado de valores prevé para los inversores minoristas, en lugar del que consideraba correcto de inversores profesionales.

Aunque por las razones antes expuestas desestimamos ese recurso, ahora en sede casacional, a través del motivo tercero, Caixabank vuelve a invocar la consideración de TSK como inversor profesional para negar la existencia del error del consentimiento o su excusabilidad. Se trata de una cuestión que condiciona el régimen de los deberes de conducta e información exigibles a las entidades financieras en el asesoramiento y contratación de productos financieros

complejos, como los litigiosos, por el distinto nivel de protección que la normativa MiFID impone en función de que el cliente deba clasificarse como minorista o profesional. Por ello este mayor o menor nivel de protección a los clientes y de mayor o menor exigencia informativa a cargo de las citadas entidades resulta muy relevante a la hora de apreciar el error vicio del consentimiento y su excusabilidad, en los términos de la jurisprudencia antes reseñada. En consecuencia, debemos comenzar por analizar esta cuestión.

1.2. Clasificación del perfil del inversor. En atención al momento en que se concertaron el CMOF y las permutas financieras objeto de litigio (marzo y julio de 2008), resultaba de aplicación el art. 78bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, introducido por la Ley 47/2007, de 15 de diciembre, que incorporó la normativa MiFID.

Este precepto imponía a la entidad que presta servicios de inversión la obligación de estudiar el perfil inversor del cliente a quien presta sus servicios de inversión, y de clasificarlo como inversor profesional o minorista. Esta clasificación resulta relevante en la medida en que en el segundo caso la Ley entiende que existe propiamente una asimetría informativa, y por ello impone a la empresa prestadora de servicios de inversión los especiales deberes de información previstos en el art. 79bis.3 LMV.

En concreto, el art. 78bis LMV, en su apartado 1, impone a la empresa de servicios de inversión el deber de clasificar a sus clientes: "1. A los efectos de lo dispuesto en este Título, las empresas de servicios de inversión clasificarán a sus clientes en profesionales y minoristas. Igual obligación será aplicable a las demás empresas que presten servicios de inversión respecto de los clientes a los que les presten u ofrezcan dichos servicios".

Esta previsión legal fue desarrollada reglamentariamente en el art. 61 del RD 217/2008, de 15 de febrero, en el siguiente sentido: "1. Tras la entrada en vigor de este real decreto, las entidades que presten servicios de inversión deberán notificar, o haber notificado, a sus clientes existentes y a los nuevos, la clasificación de clientes en minoristas, profesionales y contrapartes elegibles que establezcan, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 78 bis y 78 ter de la Ley 24/1988, de 28 de julio.

"Asimismo, deberán comunicar a sus clientes, en un soporte duradero, que les asiste el derecho, en su caso, a exigir una clasificación distinta, indicando las limitaciones que esa nueva clasificación podría suponer en cuanto a la protección del cliente".

1.3. En nuestro caso, no consta que las entidades demandadas, antes de la firma de las permutas financieras, ni después, hubieran comunicado a la sociedad demandante (Sirius) que le correspondía la clasificación de inversor profesional, a todos los efectos. En consecuencia, Sirius tampoco dispuso de la posibilidad de contradecir esa clasificación. Ese incumplimiento, plantea la cuestión de determinar sus consecuencias jurídicas.

Esta cuestión fue abordada por esta sala en la sentencia 195/2017, de 22 de enero, en un pleito en el que se solicitaba la declaración de nulidad por infracción de norma imperativa de los contratos financieros allí cuestionados y, en ese contexto, concluimos que "este incumplimiento impide que, a los efectos del presente pleito, pueda considerarse a la demandante inversora profesional, al amparo del art. 78 bis.1 LMV. Por ello, tiene razón el motivo segundo de casación en que la sentencia recurrida aplicó indebidamente el art. 78 bis LMV pues, al no cumplirse con el trámite reglamentario, no podía atribuirse al

demandante la consideración de inversor profesional".

En el caso que ahora enjuiciamos, tanto el juzgado de primera instancia como la Audiencia aplicaron el trato legal de inversor minorista a la demandante, que no había sido clasificada previamente como inversor profesional por las demandadas, al margen y con independencia de que TSK, como accionista de Sirius y que intervino activamente en la negociación, cumpliera en ese momento los parámetros contables previstos en el art. 78 bis.3c) LMV (datos de valoración de activos, recursos propios y volumen de negocio), cuestión no discutida.

1.4. Ese precepto vincula la concurrencia de las condiciones previstas en el mismo con la condición de inversor profesional (al fijarlas como criterio para la clasificación del inversor como tal), y el apartado 2 del mismo artículo vincula la noción de "clientes profesionales" a la presunción de su "experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente los riesgos".

Como advertimos en la sentencia 413/2020, de 9 de julio, "aunque no se atienda a esta condición de inversor profesional para eximir a las entidades financieras demandadas del deber que tenían de cumplir con los deberes de información reseñados en el art. 79 bis.3 LMV 1988, es lógico que sí se tenga en cuenta al valorar la necesidad concreta de información para cumplir con la finalidad prevista en la norma. Dicho de otro modo, el cumplimiento de estas exigencias de información se modula en función de la condición del cliente, aunque no se le atribuya formalmente la condición de inversor profesional". Esto no enerva la presunción de la existencia del error vicio del consentimiento, pero sí debe valorarse al examinar la concurrencia o no de la

inexcusabilidad del error para atribuirle un carácter invalidante del consentimiento contractual.

1.5. En consecuencia, ante el incumplimiento por las demandadas de los deberes de información ya examinados, debemos ahora mantener, en principio, la presunción del error vicio del consentimiento, presunción que quedaría desvirtuada si pudiera concluirse que la demandante ya conocía, o debía conocer empleando la diligencia exigible, el contenido de la información preterida antes de contratar los productos litigiosos. Esto es lo que defienden Caixabank y Banco Santander mediante la invocación de determinados hechos que, a su juicio, no fueron valorados correctamente por la Audiencia, y que pasamos a examinar.

2.- Hechos que según las recurrentes acreditan que Sirius no incurrió en error vicio del consentimiento 2.1. Como dijimos al exponer el motivo segundo de casación del recurso de Caixabank, cita como hechos de los que se derivaría la inexistencia del error del consentimiento de la demandante, en síntesis, los siguientes: la duración de la negociación, el asesoramiento que recibió del despacho de abogados Garrigues, que pudo revisar los borradores del contrato de crédito y del CMOF, el pago de las liquidaciones negativas por Sirius y el hecho de que desde 2012 figuraba en sus cuentas anuales el coste de la cancelación de los swaps. A lo anterior, añade Banco de Santander en el motivo segundo de su recurso que, con ocasión de las negociaciones para la reestructuración de las coberturas, Sirius, a través de un asesor financiero (Variance), llegó a plantear la posibilidad de un nuevo swap para el periodo 2020-2026; y pone énfasis en la relevancia del "silencio" (ausencia de quejas o reclamaciones) de Sirius sobre los swaps antes

de la presentación de la demanda rectora de este pleito.

2.2. Procedemos a continuación a una valoración individualizada de estos hechos y de su eventual eficacia para privar de efecto a la presunción de la existencia del error: 1.^a) El hecho de que Sirius pagase las liquidaciones negativas derivadas del swap no prueba la inexistencia del error del consentimiento, ni una convalidación del contrato. Como hemos declarado en numerosas resoluciones (por todas, sentencia 19/2016, de 3 de febrero), "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". Lógicamente, si el pago de esas liquidaciones negativas no puede convalidar el contrato genéticamente viciado por error en el consentimiento, a *maiore ad minus*, tampoco puede tener la virtud taumatúrgica de eliminar retroactivamente ese error. Por otra parte, la falta de pago de esas liquidaciones podría haber hecho que la demandante incurriese en una causa de resolución de las permutas por incumplimiento del contrato y, con ello, habría generado el riesgo de desencadenar el elevado coste de la cancelación anticipada prevista en la cláusula novena del CMOF.

2.^a) La alegación de Banco Santander sobre el "silencio" de Sirius previo a la demanda, tampoco puede tener el valor jurídico que pretende. Como declaramos en la sentencia

471/2021, de 29 de junio, resumiendo la jurisprudencia sobre esta cuestión, sobre el valor del silencio y los consentimientos tácitos: "Esta doctrina jurisprudencial, por tanto, admite el posible efecto jurídico del silencio como declaración de voluntad en los casos en que sea aplicable la regla de que el que calla "podía" y "debía" hablar, y entiende que existe ese deber cuando viene exigido, no sólo por una norma positiva o contractual, sino también "por las exigencias de la buena fe o los usos generales del tráfico, o, habiendo relaciones de negocios, el curso normal y natural de los mismos exigían responder de modo que al no hacerlo se provoca en el "destinatario" la lógica creencia de que se aceptaba".

"Pero para que el destinatario pueda invocar su confianza en la existencia de tal declaración de voluntad con eficacia jurídica es presupuesto necesario, asimismo, que el silencio resulte "elocuente". La jurisprudencia ha precisado también esta idea, de forma que "el consentimiento tácito ha de resultar de actos inequívocos que demuestren de manera segura el pensamiento de conformidad del agente (sentencias de 11 de noviembre de 1958 y 3 de enero de 1964), sin que se pueda atribuir esa aceptación al mero conocimiento, por requerirse actos de positivo valor demostrativo de una voluntad determinada en tal sentido (sentencias de 30 de noviembre de 1957 y 30 de mayo de 1963)".

El conocimiento del elevado coste de cancelación aflora en 2013; en 2016 hay un intento de renegociación de las coberturas, a iniciativa de Banesto, que termina fracasando; y en 2017 se presenta la demanda. El hecho de que en el intervalo entre 2013 y 2016 no hubiera reclamaciones judiciales o extrajudiciales contra las demandadas no puede ser entendida como una manifestación inequívoca, como exige la jurisprudencia, de

una voluntad de consentir la validez del contrato, ni de renunciar a su impugnación, ni como prueba de la ausencia del error genético del consentimiento.

3.ª) Que desde el año 2012 figurase en las cuentas anuales de Sirius el "valor razonable" de las permutas financieras, correspondiente al coste de su cancelación (en una cifra superior a 19 millones de euros), fue el resultado de que ese dato aflorase a raíz de la contratación de Variance, como asesores financieros; ese dato permite colegir que si el coste de cancelación no se incluyó en las cuentas de los años 2008, 2009, 2010 y 2011 fue precisamente porque en el momento en que se formularon no se conocía. En todo caso, no prueba que ese coste, o una estimación aproximada de su magnitud, se conociese antes de la contratación de los swaps en marzo de 2008, que es lo determinante a los efectos que ahora enjuiciamos.

4.ª) En 2016, a iniciativa de Banesto, se produjo un intento de renegociación de las coberturas; en el curso de esa negociación Variance, que actuaba por cuenta de Sirius, llegó a plantear una propuesta de un nuevo swap para cubrir el periodo 2020-2026. Este dato tampoco acredita que Sirius (no Variance) tuviera conocimiento de los riesgos de las permutas financieras que suscribió en marzo de 2008 y, en particular, de sus elevados costes de cancelación. Tampoco queda acreditado que la propuesta de Variance -que preveía una mejora de las condiciones para Sirius- incluyese también una cláusula sobre los costes de cancelación anticipada como la de los contratos litigiosos, ni si precisamente por exigirse, o no, una cláusula similar esas negociaciones fracasaron.

5.ª) Finalmente, por lo que se refiere al asesoramiento recibido por Sirius de un

prestigioso despacho de abogados, la Audiencia razonó: "esa posible revisión de la documentación financiera no implicaba necesariamente un asesoramiento financiero y que fuera más allá del estrictamente jurídico de los contratos a redactar y suscribir, por incluir las consecuencias económicas de los contratos de swaps concertados. No basta con argüir, como hace Banco Santander, que como Banesto conocía que Sirius contaba con sus propios asesores y eran de primer nivel, esto generó en él una legítima confianza de que sabía lo que estaba contratando, y que por ello podía omitir toda información al respecto [...]".

La sentencia impugnada, por tanto, rechaza que la revisión de la documentación financiera por los abogados de Sirius "implicase necesariamente un asesoramiento financiero". Sin perjuicio de ello, la existencia de ese asesoramiento jurídico, puesta en conexión con el resto de las circunstancias personales de la entidad contratante, de su socio mayoritario y de la cualificación de las personas que en su representación intervinieron en la negociación, aunque no permitiese negar categóricamente la existencia del error, deberá ser valorada al tiempo de examinar la excusabilidad del error.

3.- Hechos que según Banco de Santander acreditan que el eventual error del consentimiento de Sirius no sería esencial 3.1. Banco de Santander basa su tercer motivo de casación en la infracción de los arts. 1265 y 1266 CC porque el posible error del consentimiento de Sirius no podría ser considerado como esencial, pues, al responder las permutas financieras a la finalidad de estabilizar los costes financieros de la operación de crédito, ni las confirmaciones de las permutas ni el CMOF regulaban la cancelación anticipada.

3.2. Este motivo incurre en el defecto de hacer supuesto de la cuestión o petición de principio, pues, como ya dijimos al resolver el motivo primero del recurso de casación de Caixabank, tanto el contrato de crédito (art. 8.4), como en el CMOF (cláusulas 9 y 10, y 20 del anexo I), contienen una regulación de la cancelación anticipada de las permutas.

3.3. En todo caso, es jurisprudencia reiterada que en este tipo de contratos sobre productos financieros complejos y de riesgo, la normativa reguladora del mercado de valores es fundamental para determinar si el error es sustancial, puesto que establece para las empresas que operan en el mercado financiero una obligación de información a los clientes con estándares de claridad e imparcialidad muy elevados, y determina los extremos sobre los que ha de versar tal información (naturaleza y riesgos del producto, costes de cancelación, posibles conflictos de interés, etc). Por tanto, si no se da esa información y el cliente incurre en error sobre esos extremos sobre los que debió ser informado, el error puede considerarse sustancial, pues recae sobre los elementos esenciales que determinaron la prestación de su consentimiento (por todas, sentencia 651/2015, de 20 de noviembre).

3.4. Por tanto, este tercer motivo del recurso de casación de Banco Santander tampoco puede ser acogido favorablemente.

4.- Hechos que según las recurrentes acreditan que el eventual error de Sirius no fue excusable 4.1. Tanto el motivo tercero del recurso de Caixabank como el motivo cuarto de Banco de Santander se basan en la denuncia de la infracción de la jurisprudencia de esta sala sobre el requisito de la excusabilidad del error del consentimiento. En su desarrollo, ambas recurrentes sostienen que la Audiencia no valoró correctamente la relevancia del hecho de que Sirius estuviese

asesorada en la operación por el despacho Garrigues, o el hecho de que en sus cuentas anuales de 2012 ya figurase el coste de cancelación de las permutas (Caixabank). A ello añade Banco de Santander que la exigencia de contratar las coberturas ya estaba prevista en la oferta de financiación aceptada por Sirius; y el perfil de las personas que intervinieron en la negociación en nombre de Sirius, en concreto los Sres. Prudencio (economista) y Celso (abogado).

Alega también Banco de Santander que la valoración sobre la excusabilidad del error debe hacerse desde los criterios "clásicos" de la jurisprudencia: el deber de autoinformarse, el deber de diligencia de los empresarios en la contratación, la protección de la confianza legítima, etc, sin proteger a quien ha padecido el error por su conducta negligente. En este caso el error habría sido debido, a su juicio, a la falta de diligencia de Sirius; Sirius tenía la obligación de informarse debidamente sobre el alcance de la obligación incluida en la oferta de financiación y sobre la cobertura que tenía que firmar; Banesto no era asesor de Sirius, sino un ofertante de financiación; en sus negociaciones cada parte "tenía el deber de autoinformarse y defender sus intereses"; Sirius eligió a sus asesores y debe pasar por las consecuencias de haberlos elegido; en la cláusula 14.ª del CMOF ya figura el coste de cancelación o vencimiento anticipado, conforme al "Criterio de Valor de Mercado"; si no entendía este concepto esa falsa representación de la realidad le sería imputable por no haber consultado a sus asesores.

4.2. Respecto de la excusabilidad del error en el consentimiento en la contratación de productos financieros complejos, la jurisprudencia de esta Sala Primera fue compendiada en la sentencia 19/2016, de 3 de febrero, que recoge la doctrina de la sentencia

del pleno de la sala de 20 de enero de 2014, en la que declaramos: "conforme a reiterada jurisprudencia, cada parte deberá informarse de las circunstancias y condiciones esenciales o relevantes para ella, cuando la información sea fácilmente accesible, pero la diligencia se apreciará teniendo en cuenta las circunstancias de las personas. Además, respecto de este tipo de contratos, a la entidad financiera se le imponen específicas obligaciones informativas tanto por la normativa general como por la del mercado financiero. Como dijimos en la sentencia de 13 de febrero de 2007, para la apreciación de la excusabilidad del error, habrá de estarse a las circunstancias concretas de cada caso, y en el que nos ocupa, no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera. Pero es que, además, como afirmamos en nuestra sentencia 110/2015, de 26 de febrero, cuando se trata de "error heteroinducido" por la omisión de informar al cliente del riesgo real de la operación, no puede hablarse del carácter inexcusable del error, pues como declaró esta misma Sala en la sentencia 244/2013, del Pleno, de 18 de abril de 2013, la obligación de información que establece la normativa legal es una obligación activa que obliga al banco, no de mera disponibilidad. Y como expresamos, igualmente, en la sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas.

Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios (por todas, sentencia 676/2015, de 30 de noviembre)".

4.3. En el marco de esta jurisprudencia, en principio, no sería correcto el planteamiento a que responde el recurso de Banco Santander de considerar que la excusabilidad del error debe partir de los criterios "clásicos" o generales, lo que le lleva a afirmar que Sirius "tenía el deber de autoinformarse y defender sus intereses", que fue ella la que eligió a sus asesores y debe pasar por las consecuencias de haberlos elegido; y que la recurrente no tenía la obligación de asesorarle o de informarle.

Por otra parte, ya hemos dicho que el hecho de que figurasen en las cuentas de Sirius el coste de cancelación a partir de 2012 resulta poco relevante a la hora de enjuiciar sobre la existencia del error, y lo es igualmente en relación con su excusabilidad (como carecería igualmente de lógica entender que si ese dato no hubiese figurado en las cuentas en ningún momento el error, entonces - sólo entonces - sí sería excusable).

4.4. Tampoco puede estimarse el motivo con base en que las coberturas ya estuviesen previstas en el contrato de crédito. El deber de información no puede considerarse suplido por el propio contenido del contrato.

Como esta Sala Primera ha recordado en otras muchas ocasiones, "la mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad del banco para explicar con claridad cómo se realizan las liquidaciones y los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se actualizaron con las liquidaciones desproporcionadamente negativas" (por todas, sentencia 689/2015, de 16 de diciembre).

En este sentido, la referencia contenida en la cláusula 14.ª del CMOF sobre el coste de cancelación o vencimiento anticipado, conforme al "Criterio de Valor de Mercado", resultaba insuficiente. Como dijimos en la sentencia 21/2021, de 21 de enero, reiterando doctrina anterior (sentencias 535/2015, de 15 de octubre; 549/2015, de 22 de octubre; 668/2015, de 4 de diciembre, 154/2016, de 11 de marzo; 524/2019, de 8 de octubre y 618/2019, de 19 de noviembre): "Debe también informarle de cuál es el valor de mercado inicial del swap, o, al menos, qué cantidad debería pagarle el cliente en concepto de indemnización por la cancelación anticipada si se produjera en el momento de la contratación, puesto que tales cantidades están relacionadas con el pronóstico sobre la evolución de los tipos de interés hecho por la empresa de inversión para fijar los términos del contrato de modo que pueda reportarle un beneficio, y permite calibrar el riesgo que supone para el cliente".

4.5. Por el contrario, sí resulta relevante a los efectos de estimar los motivos de los recursos basados en la alegación de la inexcusabilidad del error, que Sirius interviniese en la contratación contando con el asesoramiento de un importante despacho de abogados, que recibieron los contratos antes de su firma y tuvieron oportunidad de examinarlos con el auxilio de ese asesoramiento legal cualificado,

y especialmente el hecho de que el socio mayoritario de Sirius (TSK), que intervino activamente en las negociaciones, reuniese en el momento de la contratación los requisitos económicos y financieros objetivos previstos en la legislación del mercado de valores (art. 78 bis.3 c LMV) para su consideración y clasificación como inversor profesional, aunque formalmente no hubiera sido clasificado como tal.

5.- El carácter de TSK como inversor profesional. Según lo declarado por la sentencia de primera instancia, y mantenido en la instancia de apelación, cuando se iniciaron las negociaciones (momento en que todavía no estaba en vigor el art. 78 bis LMV, modificada por la Ley 47/2007), aunque no consta que TSK tuviera específicos conocimientos financieros (su objeto es ajeno al mundo financiero, es una empresa de ingeniería dedicada al diseño, instalación y construcción de plantas fotovoltaicas), sí reunía las condiciones económicas previstas en esa norma para su clasificación como inversor profesional.

5.1. Ya hemos adelantado que ese hecho (la concurrencia en el inversor de las condiciones del art. 78 bis.3 c LMV), aunque no eximía a las entidades financieras demandadas del deber que tenían de cumplir con los deberes de información establecidos en el art. 79 bis.3 LMV, sí permite tomarlo en consideración al valorar la necesidad concreta de información para cumplir con la finalidad prevista en la norma, de forma que "estas exigencias de información se modulan en función de la condición del cliente, aunque no se le atribuya formalmente la condición de inversor profesional". Cuestión que es relevante a los efectos del enjuiciamiento sobre la excusabilidad del error.

5.2. Hemos declarado reiteradamente (por todas, sentencia 689/2015, de 16 de

diciembre), con carácter general, que (i) "el error es excusable cuando sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció mediante el empleo de una diligencia media o regular", y que (ii) "el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida".

5.3. Estos criterios generales sobre la excusabilidad del error vicio, ciertamente han sido modulados por la jurisprudencia de esta sala cuando se trata de valorar la excusabilidad del error en el consentimiento en la contratación de productos financieros complejos, por razón del régimen normativo especial que rige los mercados financieros y la actividad de las sociedades de servicios de inversión, en particular sus deberes de conducta e información. Esa doctrina específica sobre la excusabilidad del error en estos contratos, especialmente vinculada a los casos de inversores minoristas, se encuentra reflejada, entre otras muchas, en la sentencia 633/2015, de 13 de noviembre, en la que declaramos: "en este tipo de contratos sobre productos financieros complejos y de riesgo, la normativa reguladora del mercado de valores es fundamental para determinar si el error es sustancial y excusable, puesto que establece para las empresas que operan en el mercado financiero una obligación de información a los clientes con estándares de claridad e imparcialidad muy elevados, y determina los extremos sobre los que ha de versar tal información (fundamentalmente, naturaleza y riesgos del producto, y posibles

conflictos de interés). Por tanto, si no se da esa información y el cliente incurre en error sobre esos extremos sobre los que debió ser informado, el error puede considerarse sustancial, pues recae sobre los elementos esenciales que determinaron la prestación de su consentimiento.

"Asimismo, en estas circunstancias, el error ha de considerarse excusable y, por tanto, invalidante del consentimiento. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de imparcialidad, exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como declaramos en las sentencias de Pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 460/2014, de 10 de septiembre, "la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente".

"Cuando no existe la obligación de informar, no puede imputarse el error a la conducta omisiva de una de las partes porque no facilitó la información a la contraria, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en

el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de la naturaleza y los riesgos de los productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada, en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma imparcial, veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico".

5.4. Esta jurisprudencia se funda también en la necesidad de compensar la asimetría convencional existente entre las partes, a la que nos referimos en las sentencias 334/2021, de 18 de mayo, y 356/2023, de 8 de marzo, con la finalidad de equilibrar debidamente los intereses de una entidad bancaria, especialista en el sector financiero, con una estructura empresarial especializada en los productos que comercializa y que actúa, como cualquier otra entidad mercantil, con el natural ánimo de lucro, frente a los propios de sus clientes, normalmente minoristas, carentes de tales conocimientos, que contratan confiados en la información que se les facilita sobre la bondad del producto adquirido y su correspondencia con los intereses perseguidos con su contratación.

5.5. Por eso, la excepción que la doctrina jurisprudencial reseñada sobre la excusabilidad del error en la contratación de

productos financieros por parte de inversores minoristas, respecto de la jurisprudencia general sobre la excusabilidad del error, no puede mantenerse con la misma intensidad cuando quien contrata, de forma objetiva, reúne la condiciones económicas para su clasificación como inversor profesional, inversores a los que la ley presume, como regla general, una "experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos" (art. 78 bis.3 c LMV), y lo hace asesorada por un despacho profesional al que no podía pasar inadvertida la existencia de los swaps, sus características y sus consecuencias económicas.

5.6. En la medida en que TSK, socio mayoritario de Sirius y participante activo en las negociaciones que concluyeron en las contrataciones litigiosas, reunía esas condiciones, y que en esa contratación Sirius y TSK intervinieron asesorados por un importante despacho de abogados (asesoramiento que, como afirmó la sentencia de primera instancia, incluyó la revisión del contrato de crédito en que se incluía la condición de la contratación del instrumento de cobertura del interés), resulta lógico que el enjuiciamiento del requisito del carácter excusable del error se realice a la luz de la doctrina jurisprudencial con arreglo a la cual "el error es excusable cuando sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció mediante el empleo de una diligencia media o regular" (por todas, sentencia 689/2015, de 16 de diciembre). Y al aplicar este criterio al caso ahora examinado no podemos estimar excusable el error padecido por Sirius respecto del coste de cancelación anticipada de las coberturas, pues, en las particulares circunstancias del caso valoradas en conjunto (asesoramientos internos y externos, duración de las negociaciones,

recursos disponibles, etc), cabe concluir que con el empleo de la diligencia que era exigible en esas circunstancias, podría haber conocido lo que al contratar ignoraba (que aquella cancelación anticipada podría tener un coste elevado).

6.- Decisión de la sala. Consecuencias de la estimación del recurso.

6.1. En consecuencia, procede estimar el motivo tercero del recurso de casación de Caixabank y el motivo cuarto del recurso de Banco Santander y, al asumir la instancia, por los mismos fundamentos, desestimar el recurso de apelación de Sirius Solar contra la sentencia de primera instancia respecto de la acción de anulabilidad por error vicio del consentimiento.

6.2. También procede desestimar las acciones subsidiarias relativas a: (i) la resolución por incumplimiento del contrato al prestar un asesoramiento deficiente, con el resarcimiento de los daños y perjuicios causados (que se valoran en 30.632.391,67 euros), porque, como afirmó la sentencia de primera instancia, la jurisprudencia de esta sala ha declarado que "el eventual incumplimiento de los deberes de información respecto de la naturaleza de los productos financieros complejos comercializados por una sociedad de prestación de servicios de inversión podría justificar la nulidad del contrato de adquisición por error vicio, pero no la resolución del contrato por incumplimiento, al amparo del art. 1124 CC, "dado que el incumplimiento, por su propia naturaleza, debe venir referido a la ejecución del contrato, mientras que aquí el defecto de asesoramiento habría afectado a la prestación del consentimiento"" (sentencias 491/2017, de 13 de septiembre, y 62/2019, de 31 de enero, entre otras); y (ii) la responsabilidad contractual por incumplimiento contractual

para el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, por asesoramiento deficiente (indemnización que se cifra en la misma suma), porque con base en los mismos hechos antes expuestos, como afirmó la sentencia de primera instancia, no cabe apreciar la existencia de la relación de causalidad exigible entre el incumplimiento de la obligación de las demandadas, por deficiente asesoramiento financiero, y el daño cuyo resarcimiento se reclama, teniendo en cuenta, además, que los swaps cumplieron la función de estabilizar los tipos de interés, y que, como señaló la Audiencia a la vista del conjunto de la prueba, la actora no desconocía "todas las características, riesgos y el funcionamiento" de los swaps; en concreto, la Audiencia negó que la demandante conociera los costes de cancelación, pero no afirmó que también desconociera el riesgo de liquidaciones periódicas negativas, cuyo saldo se reclama (sentencias 155/2019, de 14 de marzo, y 615/2020, de 17 de noviembre, entre otras, sobre exigencia del nexo de causalidad entre el incumplimiento contractual y el perjuicio que se pretende sea indemnizado).

6.3. En la demanda se reclamaba también, con carácter subsidiario respecto de las pretensiones anteriores, que se declarase "incumplido el contrato de financiación en lo que hace al margen de intermediación bancario, habiéndose practicado por ello liquidaciones excesivas", y con base en ello se condenase a Banco Santander al pago de 473.636,12 euros, y a La Caixa al pago de 117.689,30 euros, más intereses legales desde cada una de las fechas de abono de las liquidaciones incorrectas. Esta acción de incumplimiento contractual por liquidaciones excesivas fue desestimada por la sentencia de primera instancia, y no fue objeto del recurso de apelación presentado contra la misma por la demandante, por lo que dicho pronunciamiento devino firme.

(...)

[Ver documento](#)

SENTENCIA 1694/2023 DEL TRIBUNAL SUPREMO, CIVIL, DE 4 DE DICIEMBRE DE 2023

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1.- La Federación de Consumidores de Euskadi -Euskadiko Kontsumitzileen Elkargoa (FCE-EKE)- interpuso una demanda en la que ejercitaba una acción colectiva de cesación contra Iberdrola Generación S.A.U. (en lo sucesivo, Iberdrola), en la que solicitaba: (i) el cese de la práctica consistente en modificar unilateralmente las condiciones del contrato de suministro de electricidad y comunicar esta modificación con ocasión de la emisión y cobro de una factura periódica; (ii) la declaración de nulidad de la cláusula por la que se modificaba el contrato de suministro; y (iii) la devolución de las cantidades indebidamente cobradas.

2.- La pretensión de la FCE-EKE tenía su origen en los contratos de mercado libre celebrados por Iberdrola (comercializadora) con una serie de comunidades de propietarios, en los que se contrataba la energía y también el acceso a las redes conforme al Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes de baja tensión.

En tales contratos, la tarifa de acceso (peaje) contratada era la definida como 3.0A en el Real Decreto 1164/2001, de 26 de octubre, por el que se establecen tarifas de acceso a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica, caracterizada, en lo que ahora interesa, por la inexistencia de un limitador de

potencia que saltara al excederse de la contratada, ya que lo se instalaba era un aparato denominado maxímetro, que medía los excesos en la potencia contratada a fin de tenerlos en cuenta a la hora de facturar esa tarifa, conforme a los criterios previstos en el art. 9 del RD 1164/2001. Esta modalidad de instalación tenía la virtualidad de evitar que servicios esenciales, como por ejemplo un ascensor, pudieran verse interrumpidos por un exceso puntual de potencia.

3.- En los mencionados contratos constaban una serie de cláusulas predispuestas, entre las que se incluían, en el apartado "Precio del suministro de electricidad", las siguientes:

"Término de Potencia: 1,824432 €/kW y mes
Término de Energía: 0,142138 e/kWh A estos precios les será añadido el I.V.A., el Impuesto Eléctrico (5,1127 %), la energía reactiva y resto de conceptos de facturación que se indican. El precio del término de potencia y del término de energía activa se mantendrán fijos durante 12 meses, sin perjuicio de su actualización según la variación correspondiente al IPC el 1 de enero de cada año en que el contrato esté vigente.

"Se repercutirán en cada momento las variaciones a la baja o al alza en la tarifas y peajes de acceso, cánones y en los valores regulados que puedan ser aprobados por la Administración para su aplicación durante la duración del Contrato, tomando como base el RD 1164/2001 y la Orden IET/843/2012.

"La energía se facturará como el producto del término de energía por el consumo efectuado en el período.

"La potencia se facturará como producto del término de potencia diario por la potencia a facturar correspondiente y multiplicando el resultado por el número de días del período de facturación. El término de potencia diario

resultará de dividir el término de potencia anual por el número de días del año.

"La facturación de energía reactiva, si corresponde, se realizará aplicando el término de facturación de energía reactiva aprobado por la Administración, según lo establecido en la normativa. A este complemento le será aplicable el Impuesto Eléctrico".

4.- Asimismo, en tales contratos, en el epígrafe "Condiciones Económicas", figuraba lo siguiente:

"Facturación de potencia: se facturará sumando los tres productos de los términos de potencia diarios por la potencia a facturar correspondiente a cada uno de los tres periodos y multiplicando el resultado por el número de días del periodo de facturación.

"Los términos de potencia diarios resultarán de dividir el término de potencia anual por el número de días del año.

" Facturación de energía: suma de los productos del consumo efectuado en cada período por el término de energía correspondiente.

" Excesos de potencia: se facturarán según lo establecido en el artículo 9, apartado 1.2 del RD 1164/2001 y normativa que le sustituya".

5.- En las condiciones generales de estos contratos constaba también el siguiente apartado:

"14.- MODIFICACION DE LAS CONDICIONES DEL CONTRATO:"

"14.1.- La modificación de las Condiciones del presenta Contrato, salvo que sea consecuencia de la normativa aplicable, serán notificadas al Cliente con una antelación mínima de un (1) mes a su entrada en vigor, informándole de su derecho a resolver el Contrato sin penalización alguna si no estuviese de acuerdo con dicha modificación.

"14.2.- En caso de discrepancia entre las Condiciones Generales del Contrato y las Condiciones Particulares, o Especiales, prevalecerán por este orden, las Especiales, Particulares y Generales".

6.- Con ocasión de la remisión de las facturas a determinadas comunidades de propietarios que habían contratado en tales términos con Iberdrola, la empresa suministradora comenzó a incluir en las facturas el siguiente texto (al final del documento de varias páginas, en negrita y dentro de un cuadro titulado Información de utilidad, que contenía otros tres epígrafes):

"Facturación de la potencia contratada: A partir de 15 días desde el envío de esta factura, la potencia se facturará como producto del término de facturación de potencia por la potencia contratada. En el caso de la potencia demandada sobrepasa en cualquier período horario la potencia contratada en el mismo, se procederá, además, a la facturación de todos y cada uno de los excesos registrado en cada período (según lo dispuesto en el art. 9.1.2 del RD 1164/2001, que establece las tarifas de acceso a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica). Le informamos de su derecho a resolver su contrato sin penalización alguna durante el plazo de 15 días a contar desde la recepción de esta factura".

De tal manera que el documento (última página de la factura) se presentaba así:

Para ver la imagen [pulse aquí](#).

7.- La demanda interpuesta por FCE-EKE sostenía que, hasta marzo de 2014, Iberdrola facturaba conforme al art. 9 del RD 1164/2001, pero en la factura de enero de 2014 comunicó que pasaría a facturar por la potencia contratada y solo en los casos de exceso de potencia aplicarían las disposiciones

del art. 9 del RD. Lo que, a criterio de la asociación demandante, suponía que la nueva cláusula era nula, tanto porque contravenía una norma imperativa (el art. 9 del RD), como por la forma de comunicación de la modificación contractual, mediante una nota al pie de uno de los documentos compuestos por varias hojas que se remitían al cliente, con ocasión de la emisión y cobro de una factura.

8.- Iberdrola se opuso a la demanda y alegó, resumidamente, que mientras los peajes son un componente regulado y no pueden ser objeto de pacto, el suministro es una actividad por completo liberalizada, cuya retribución queda sujeta a la negociación de las partes. Por lo que nada obstaba a que Iberdrola, como empresa comercializadora, facturase el suministro considerando, como término de potencia, la potencia contratada sin más consideraciones.

9.- La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda, al considerar que el art. 9 del RD 1164/2001 era una norma imperativa, así como que la cláusula resultaba abusiva, por limitar derechos reconocidos en las normas dispositivas o imperativas (art. 86 TRLCU) y por falta de reciprocidad en el contrato (art. 87 TRLCU). Así como que también era abusiva la práctica comercial empleada para introducir la modificación, que debía tacharse de contraria a la buena fe contractual y abusiva conforme a lo dispuesto en el art. 82 TRLCU, fundamentalmente por el procedimiento empleado: la inserción de la cláusula en un documento que no está previsto para ello como es la factura del suministro, ya de por sí casi ininteligible.

10.- Recurrida la sentencia por la parte demandada, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. De manera sintética, consideró: (i) la práctica comercial de disimular la comunicación en el apartado final de una factura de varias hojas, sin remitir

una comunicación específica, es abusiva por contravenir el art. 82 TRLCU; (ii) ese proceder no está avalado por el art. 110 ter d) del RD 1955/2000, que exige avisar debidamente al consumidor, esto es, de forma apta para ese conocimiento, no siéndolo un aviso subrepticio, que no cabe esperar en una factura, y que por su escaso tamaño puede pasar inadvertido; (iii) la STS 47/2017, de 26 de enero, no entra a analizar si la necesaria comunicación de la modificación de las condiciones del contrato puede entenderse satisfecha con la inclusión en una factura, por lo que no es posible admitir que el Tribunal Supremo haya ratificado como práctica admisible para la modificación de las condiciones de un contrato la utilizada en este concreto caso.

También consideró que la cláusula era nula por falta de reciprocidad (art. 87 TRLCU), por las siguientes y resumidas razones: (i) la práctica de modificar, sin negociación y en perjuicio de la comunidad, la tarifa aplicada, justifica la declaración de abusividad conforme al art. 87 TRLCU, sin que puede compararse la tarifa 3.0A con las que emplean numerosos hogares, pues su utilidad es garantizar una alta disponibilidad de potencia; (ii) la potencia que se contrata por una comunidad de vecinos es alta ante el riesgo de que se vean interrumpido los distintos servicios y por ello se asegura un suministro constante, añadiéndose luego al coste que se abona por tal disponibilidad el consumo efectivamente realizado, que sufrirá las oscilaciones propias de la utilización diversa de los servicios; (iii) con estos contratos, las comunidades se garantizaban tener siempre disponible la potencia precisa para atender servicios que no pueden cesar por sobrepasar la contratada, y al tiempo, que si los excesos no eran continuos sino puntuales, se redujera el coste de la factura a abonar al 85%, asegurando así un justo equilibrio de

prestaciones, pues pese a la utilización excepcional de excesos de potencia, el consumo reducido acarrea una reducción del importe a abonar; (iv) por ello no era factible como que se cambiara la tarifa a otra 2.0 o 2.1, porque las comunidades no podían arriesgarse a que el uso de varios sistemas al mismo tiempo (bombas de achique, extracción aire garajes, ascensores...), supusiera su detención por sobrepasar la potencia contratada; (v) las supuestas ventajas de la simplificación de la factura no son tales, porque el cambio de tarifa unilateralmente adoptado por Iberdrola ha incrementado las facturas; (vi) en cualquier caso, la sentencia apelada no solo aplica el art. 87 TRLCU para apreciar la abusividad, sino que también se apoya en el art. 82 TRLCU.

11.- Iberdrola ha interpuesto un recurso de casación contra dicha sentencia.

SEGUNDO.- Cuestión previa. Interposición del recurso de casación dentro de plazo

1.- Al oponerse al recurso de casación, la parte recurrida alegó su inadmisibilidad por extemporáneo, por haberse presentado fuera de plazo. Basaba dicha alegación en que incluyó dentro del cómputo del plazo de interposición el dictado de un auto de oficio por el propio tribunal de apelación que rectificaba un error material inocuo para el sentido de la resolución.

2.- La suspensión de los plazos para interponer los recursos que quepan contra la resolución que es objeto de aclaración o rectificación está prevista expresamente en los arts. 267.9 LOPJ y 215.5 LEC. El fundamento de dicha previsión es que el auto de aclaración, rectificación y subsanación o complemento de sentencias o autos se integra como un todo unitario en la sentencia aclarada, rectificada o completada (sentencia del Tribunal Constitucional 90/2010, de 15 de noviembre),

de la que pasa a formar parte. Por eso, el plazo íntegro para interponer los recursos contra ella comienza a correr de nuevo a partir de la notificación de la resolución aclaratoria o rectificadora (art. 267.9 LOPJ y art. 448.2 LEC).

3.- La excepción al reconocimiento de estos efectos suspensivos se daría cuando la petición de aclaración o rectificación se califique como manifiestamente improcedente, con componentes de abuso, ánimo dilatorio y fraude (sentencia 1354/2023, de 3 de octubre), lo que no puede ocurrir cuando la rectificación se realiza de oficio por el tribunal.

Asimismo, aunque en alguna resolución (autos de 27 de mayo de 2020 o 6 de noviembre de 2020) hemos considerado que la solicitud de rectificación de un error material que no afecta al sentido de la resolución no produce el efecto suspensivo indicado, en este caso no consta que la parte recurrente propiciara de alguna manera que se diera esa situación, ni que hiciera un uso torticero o fraudulento de la normativa sobre aclaración y rectificación de sentencias. Antes al contrario, en el propio auto de rectificación se indicaba expresamente que los plazos para los recursos que resultaran procedentes comenzarían a computarse desde el día siguiente a la notificación de esa resolución, conforme al art. 267.9 LOPJ. Por lo que la parte actuó confiada legítimamente en dicha indicación expresa del tribunal sentenciador (sentencia 1352/2023, de 3 de octubre).

En consecuencia, no se aprecian razones para privarle de un derecho que le reconoce la Ley.

TERCERO.- Primer motivo de casación. Planteamiento

1.- El primer motivo del recurso de casación denuncia la infracción del art. 9 del RD 1164/2001, de 26 de octubre, por el que se establecen tarifas de acceso a las redes de

transporte y distribución de energía eléctrica (en adelante, RD 1164/2001), en relación con el artículo 86 del TRLCU.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente argumenta, resumidamente, que el art. 9 del RD 1164/2001 no es una norma imperativa en la relación entre el comercializador y el consumidor y, por ello, por lo que su inaplicación no puede determinar en ningún caso una privación de los derechos del consumidor que dé lugar a una declaración de nulidad o abusividad de la cláusula.

Aunque la Audiencia Provincial no llega a calificar la norma como imperativa, en la práctica le da un tratamiento como tal, en cuanto que afirma que el consumidor tiene derecho en todo caso a que se le facture de conformidad con ella, en tanto que el contrato se remitía a su contenido. Por lo que la sentencia recurrida considera que la modificación contractual de ese modo de facturación supone una privación de derechos, lo que no es correcto, porque el contrato originario únicamente se remitía al artículo 9.1.2 del RD 1164/2001 en lo que respecta a los excesos de potencia, pero no a la facturación de la potencia cuando no había exceso, ya que la facturación del suministro estaba sujeta a la libertad de pactos (art. 81.3 RD 1955/2000), que es el criterio que mantienen los informes de la CNE y CNMC aportados a las actuaciones.

CUARTO.- Decisión de la Sala. El cambio del sistema de facturación

1.- Los contratos a que se refiere la demanda, como suele ocurrir en los contratos de suministro de bienes naturales, son de los denominados normados o reglamentados, en el sentido de que, junto a su contenido propiamente convencional, incorporan previsiones impuestas por los poderes

públicos, lo que debe ser tenido en cuenta para su interpretación. Los que ahora nos ocupan se firmaron bajo la vigencia de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (en adelante, LSE 1997), y aunque en la demanda no se concreta con exactitud la fecha en que Iberdrola cambió el sistema de facturación, del propio relato de hechos (relativo a las quejas de las comunidades de propietarias afectadas remitidas a la Federación demandante) se desprende que las comunicaciones a los consumidores tuvieron lugar en el primer trimestre de 2014, cuando ya estaba en vigor la Ley 24/2013, de 26 de septiembre, del Sector Eléctrico (en adelante, LSE 2013).

Pese a esta yuxtaposición normativa, de la Disposición Transitoria Primera de la LSE 2013 se desprende que los contratos concertados con anterioridad se registrarán por la normativa vigente en su fecha, por lo que tendremos en cuenta lo dispuesto en la LSE 1997, sin perjuicio de que la Ley posterior pueda tomarse en consideración a efectos interpretativos o aclaratorios.

2.- El art. 9.1.2 del RD 1164/2001 señala, en relación con la facturación de la tarifa 3.OA, en el componente relativo a la potencia, lo siguiente:

"a) Si la potencia máxima demandada, registrada en el período de facturación, estuviere dentro del 85 al 105 por 100 respecto a la contratada, dicha potencia registrada será la potencia a facturar (Pfi).

b) Si la potencia máxima demandada, registrada en el período de facturación, fuere superior al 105 por 100 de la potencia contratada, la potencia a facturar en el período considerado (Pfi) será igual al valor registrado más el doble de la diferencia entre el valor registrado y el valor correspondiente al 105 por 100 de la potencia contratada.

c) Si la potencia máxima demandada en el período a facturar fuere inferior al 85 por 100 de la potencia contratada, la potencia a facturar (Pfi) será igual al 85 por 100 de la citada potencia contratada".

3.- La sentencia recurrida no consideró que la aplicación del art. 9.1.2 del RD 1164/2001 fuera imperativa, sino que interpretó el contrato original en el sentido de que lo pactado suponía facturar siempre conforme al art. 9 del RD 1164/2001 y no solo en el caso de que se sobrepasara la potencia contratada. Interpretación que no es impugnada específicamente por la recurrente y que, en todo caso, correspondería a una facultad propia de los tribunales de instancia.

La citada interpretación de la Audiencia Provincial parte de la redacción del indicado precepto para hacer una evaluación comparativa de la falta o no de equilibrio o reciprocidad de la nueva cláusula que la demandante comunicaba en la factura, lo que constituye un método válido para determinar si había existido modificación contractual y también en qué medida el contrato dejaba al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista en la normativa vigente o conforme a prácticas de mercado justas y equitativas.

Lo que debemos poner en relación con el considerando 24 de la Directiva 2003/54/CE, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, que establece :

"Los Estados miembros deben garantizar que los clientes domésticos y, cuando los Estados miembros lo consideren adecuado, las pequeñas empresas tengan derecho a un suministro de electricidad de una calidad determinada a unos precios claramente comparables, transparentes y razonables".

Por lo que, en este contexto, no resulta reprochable que la Audiencia Provincial tomara como elemento comparativo de la transparencia y razonabilidad de los precios a que se refiere la Directiva lo previsto en el RD 1164/2001 como criterio de contraste.

4.- Como consecuencia de lo cual, el primer motivo de casación debe ser desestimado.

QUINTO.- Segundo y tercer motivos de casación. Planteamiento y resolución conjunta

1.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción del art. 9 del RD 1164/2001, en relación con el art. 87 TRLCU y con el art. 110.ter del RD1955/2000.

Al desarrollar el motivo, la parte recurrente argumenta, sintéticamente, que no es correcto que la cláusula incurra en falta de reciprocidad, en los términos del art. 87 TRLCU, puesto que como el art. 9 del RD 1164/2001 no es una norma imperativa, cabe su modificación contractual unilateral. Es más, aunque se considerase que el contrato se remitía al RD 1164/2001, ello no incide en la falta de imperatividad de la norma, ni impide ulteriores modificaciones contractuales.

No cabe atribuir falta de reciprocidad, ni desequilibrio de las prestaciones, a una modificación que simplemente establece que se pague por lo que se contrata, por la disponibilidad de red (de potencia) que el cliente desea asegurarse, y que se ampara en la condición general 14ª del contrato y en el artículo 110.ter del RD 1955/2000. El razonamiento de la Audiencia Provincial de que no es posible modificar el precio del contrato no es correcto, porque las condiciones de los contratos celebrados con consumidores o usuarios pueden ser modificadas de manera unilateral si se respeta el plazo de preaviso y el derecho del cliente a resolver el contrato sin penalización alguna.

2.- El tercer motivo de casación denuncia la infracción del art. 82 TRLCU, en relación con el art. 110.ter del RD 1955/2000, sobre la posibilidad de notificación en la propia factura de un cambio en la forma de facturación.

En el desarrollo del motivo, la parte recurrente aduce, resumidamente, que la modificación del sistema de facturación notificada en la propia factura no es abusiva si respeta lo establecido en el art. 110.ter del RD 1955/2000 y en la condición general 14ª del contrato suscrito. El art. 110.ter exige que se informe al consumidor de la modificación y del derecho que le asiste de resolver el contrato sin penalización, pero no impone ninguna forma especial de notificación ni requiere el consentimiento expreso del consumidor. Por el contrario, como se sostiene en el voto particular, la inserción del aviso del cambio de facturación en la factura puede incluso facilitar que la información llegue al destinatario, por el lógico interés que reporta el documento que se envía.

3.- Dada la conexidad argumentativa entre ambos motivos y la respuesta que debe darse a ambos, se resolverán conjuntamente, para evitar inútiles reiteraciones.

SEXTO.- Decisión de la Sala. Reciprocidad en los contratos con consumidores. Comunicación del cambio de facturación en facturas sucesivas

1.- El art. 82.4 c) TRLCU establece que serán abusivas en todo caso las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato. Y el art. 87 del mismo TRLCU contiene un listado ejemplificativo de cláusulas que conllevan la falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor.

La falta de reciprocidad implica un ataque directo al principio de equivalencia propio de los contratos sinalagmáticos, sin que sea admisible ab initio un posible pacto en

contrario, por suponer una limitación de los derechos del consumidor prohibida por el art. 86 TRLCU.

En relación con lo cual, debe tenerse presente que la mencionada Directiva 2003/54/CE, sobre el mercado interior de electricidad, señala en su Anexo A que las condiciones contractuales han de ser equitativas.

2.- En principio, una cláusula que permite una modificación unilateral del precio durante el plazo pactado de duración del contrato -no en su renovación- da una cierta apariencia de abusividad (art. 85.3 y 85.10 TRLCU), que se confirmaría cuando permita a la comercializadora incluir incrementos indiscriminados; o se descartaría si tiene una justificación al margen de la mera voluntad del predisponente, como sucede si la variación se debe a la asunción de cargos, tributos o peajes impuestos legal o administrativamente, cuando esa facultad esté prevista en el contrato con expresión de "los motivos o causas que la justificarían" (sentencia 613/2023, de 25 de abril).

3.- A cuyo efecto, es jurisprudencia reiterada del TJUE que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de su celebración, todas las circunstancias concurrentes (verbigracia, SSTJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11; y de 9 de julio de 2020, C-452/18).

A su vez, la sentencia del TJUE de 21 de marzo de 2013, C-92/11, RWE Vertrieb AG, aun referida a contratos de suministro de gas y al mercado regulado, establece no obstante unas pautas interpretativas útiles para resolver la cuestión que ahora nos ocupa, al indicar que, en cuanto a la valoración de una cláusula que permite al profesional modificar unilateralmente el coste del servicio que ha de

prestarse, tiene una importancia esencial determinar, por una parte, si en el contrato se expone de manera transparente el motivo y el modo de variación del coste relacionado con el servicio que ha de prestarse, y por otra, si el consumidor dispone del derecho a rescindir el contrato en caso de que el coste se modifique efectivamente. Posibilidad de rescisión que no debe ser meramente formal, sino que debe poder ser ejercida efectivamente en la situación concreta, lo que no sucede cuando no ha sido informado debidamente y en el momento adecuado de la modificación que se va a realizar, privándole así de la posibilidad de verificar el modo de cálculo y, en su caso, de cambiar de proveedor.

4.- Sobre estas premisas, el sistema de facturación previsto en el art. 9 del RD 1164/2001 tiene como objetivo la salvaguarda del equilibrio entre los contratantes. Ello no implica que una compañía suministradora no pueda establecer otro sistema de facturación, pero ha de respetar el equilibrio entre las partes y la reciprocidad de las prestaciones, sin perjudicar injustificadamente al consumidor mediante el cambio de tarifa.

Por ello, acierta la sentencia recurrida al afirmar que para una comunidad de propietarios resulta imprescindible contratar una tarifa con maxímetro con la finalidad de que un exceso puntual de potencia no corte el suministro de servicios tales como ascensores, bombas de achique o puertas de garaje. Pero como el RD 1164/2001 solo permite ese tipo de aparatos para potencias contratadas superiores a los 15 KW (lo que explica el sistema de facturación que establece para la entonces denominada tarifa 3.0A.), para evitar que el consumidor (comunidad de propietarios) que se acoja a esa tarifa y disfrute de la eliminación del dispositivo de corte contrate una potencia inferior a la necesaria y favorecer una contratación lo más

aproximada a la que realmente se precise, establece un sistema de penalización consistente en que si la potencia máxima demanda registrada en el periodo de facturación excede del 85% de la contratada y no sobrepasa el 105% se factura conforme a la potencia registrada, pero si excede del 105% se suma al valor registrado el doble de la diferencia con el 105% contratado. En compensación, cuando la potencia máxima demandada ha sido inferior al 85% de la contratada, la potencia que se factura es del 85%, siendo esa compensación lo único que Iberdrola decidió suprimir.

5.- Ese era el sistema compensatorio que se había contratado por las comunidades de propietarios afectadas, de tal manera que, según se recoge por la Audiencia Provincial al examinar las facturas aportadas a las actuaciones, durante el periodo facturado el maxímetro solo había registrado potencias entre los 9 y los 15 KW, cuando la potencia contratada era de 33 KW. Con independencia de que esa potencia fuera o no excesiva, lo cierto es que el mínimo a contratar sería siempre de 15 KW, por lo que resultaría altamente probable que en la mayoría de las comunidades fuera una potencia muy superior a la necesaria, pero que tenían que contratar para evitar el riesgo de corte o interrupción del suministro.

En consecuencia, la conclusión de la sentencia recurrida de que la eliminación de la compensación por Iberdrola, al tiempo que mantenía las penalizaciones, suponía un desequilibrio por falta de reciprocidad contractual entre las partes contrario a las exigencias de la buena fe, es correcta. Máxime, si como ocurre en el caso, el consumidor (la comunidad de propietarios), pese a ser consciente de que su demanda de potencia sería inferior a la contratada no puede prescindir de la existencia del

maxímetro, so pena de no garantizar el funcionamiento de servicios esenciales de la comunidad.

Como resalta el Ministerio Fiscal, es precisamente la necesidad ineludible del maxímetro lo que hace que la situación no sea comparable con la de los consumidores que se acogen a la tarifa 2.0A, ya que estos incluso pueden decidir contratar una potencia inferior a la del conjunto de todos sus aparatos, que normalmente nunca funcionarán todos al mismo tiempo, porque el salto del limitador no les genera inconvenientes especiales e incluso pueden controlar el momento de uso de sus aparatos, lo que no puede hacer una comunidad de vecinos. Por ello, es la compensación suprimida unilateralmente por la compañía eléctrica la que crea una situación de inferioridad entre unos consumidores y otros, porque los usuarios necesitados de la tarifa 3.0A se ven obligados a contratar una potencia máxima que se da por supuesto que normalmente estará infrutilizada y que es la causa de las correcciones previstas en el RD 1164/2001.

6.- En cuanto a la posible abusividad, conforme al art. 82 TRLCU, de la práctica consistente en informar de la modificación del contrato y del derecho de resolución de este en la factura periódica de suministro enviada al consumidor, no puede ser afirmada o descartada genéricamente, sino que dependerá de la forma concreta de esa comunicación y de la posibilidad real y efectiva de que el consumidor tome conciencia de ella y de los derechos que le competen tras la modificación contractual.

7.- El art. 100 ter RD 1955/2000 (introducido por el RD 1454/2005 que incorporaba algunas previsiones contenidas en la Directiva 2003/54/CE sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad) establece

los requisitos mínimos de los contratos suscritos con clientes domésticos. En concreto, el apartado d) del citado precepto indica:

"Los consumidores deberán ser debidamente avisados de cualquier intención de modificar las condiciones del contrato e informados de su derecho a resolver el contrato sin penalización alguna cuando reciban el aviso".

El Anexo A (Medidas de protección del consumidor) de dicha Directiva 2003/54/CE recoge, entre otras, sin perjuicio de las normas comunitarias sobre protección del consumidor, una serie de medidas:

(i) las condiciones deben ser equitativas y darse a conocer con antelación a la celebración o confirmación del contrato;

(ii) los consumidores han de ser debidamente avisados de cualquier intención de modificar las condiciones del contrato e informados de su derecho a rescindir el contrato cuando reciban el aviso; así como debe notificarse directamente a los abonados cualquier aumento de los precios;

(iii) los consumidores tienen derecho a recibir información transparente sobre los precios, tarifas y condiciones generales aplicables al acceso y al uso de los servicios de electricidad.

Normas de protección específicas del consumidor de electricidad cuya contravención mediante una práctica unilateral de la compañía eléctrica puede suponer una práctica abusiva, en los términos del art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE y del art. 82 TRLCU.

8.- En la información facilitada en la factura reproducida en el primer fundamento jurídico, con el epígrafe Información de Utilidad, constan la discriminación horaria, la modificación tarifaria ahora controvertida, el sistema de contacto con la compañía para

reclamaciones y la importancia de tener contratada la potencia óptima. Los dos primeros párrafos están en negrita y el tipo de letra, color e interlineado de todos es el mismo.

Aunque aparentemente esa información podría colmar las exigencias antes vistas de la Directiva 2003/54/CE, compartimos la conclusión de la Audiencia Provincial de que realmente no es así, porque el mismo epígrafe, con una apariencia externa idéntica, pero sin la mención a la modificación tarifaria, era incluido siempre en las facturas, por lo que un consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz, no tenía por qué advertir fácilmente, en un examen rutinario de un documento por naturaleza repetitivo, que se le variaba el sistema de facturación y cobro. Como bien dice el Ministerio Fiscal, esa información trascendental, que afectaba a un elemento tan relevante como el precio del contrato, "ni siquiera se expone en primer lugar o se destaca en forma única por la tipografía o el color del resto de las informaciones, sin que parezca tampoco previsible para el consumidor medio que una modificación contractual figure en un apartado bajo ese título, máxime cuando ni siquiera fue advertido al contratar de que podía ser informado de las modificaciones contractuales por ese medio, por lo que parece lógico que solo espere en la factura comunicaciones sobre sus cargos mensuales".

La cuestión no es tanto si la factura resulta un medio hábil para informar sobre la modificación como si la información en ella contenida cumple las exigencias mínimas de comunicación al consumidor, de manera transparente, sobre el cambio de las condiciones de cálculo del precio.

9.- Pero es que, además, la información facilitada al consumidor en el mencionado epígrafe de la factura no era exacta, porque se

aludía a un plazo de quince días desde la recepción de la factura para poder resolver el contrato sin penalización, cuando lo pactado en el contrato era un mes. Cuestión muy relevante porque afecta a un derecho fundamental, tanto en la propia Directiva como en la jurisprudencia del TJUE, como es el de desligarse del contrato cuando sus condiciones se tornan perjudiciales para el consumidor. E incluso puede constituir una práctica desleal que contribuye a la apreciación de la abusividad de la cláusula (SSTJUE de 15 de marzo de 2012, C-453/10; y 10 de junio de 2021, asuntos acumulados C-776/19 a C-782/19).

10.- En su virtud, estos dos motivos de casación también deben ser desestimados.

(...)

[Ver documento](#)

SENTENCIA 1711/2023 DEL TRIBUNAL SUPREMO, CIVIL, DE 11 DE DICIEMBRE DE 2023

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Antecedentes relevantes A los efectos decisorios del presente proceso, partimos de los siguientes antecedentes relevantes.

1º.- D. Alejo y D.ª Elisa están divorciados por sentencia de 26 de julio de 2010, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Puerto Real (Cádiz). En dicha resolución, se atribuyó al padre la guarda y custodia de los hijos comunes y se le asignó el uso de la vivienda familiar.

2º.- Los litigantes fueron socios de la mercantil Surinfo Cádiz, S.L. Por medio de escritura pública de 31 de octubre de 2007, la entidad financiera Cajasol concedió a dicha sociedad

un préstamo de 179.000 euros a amortizar en 180 cuotas mensuales.

Los litigantes intervinieron en dicha operación como hipotecantes en garantía del préstamo concedido, y, además, en otra cláusula constaba que, en concepto de avalistas, D. Argimiro, D.ª Martina, D. Alejo y D.ª Elisa, garantizan, solidariamente, a Cajasol, el total cumplimiento de las obligaciones contraídas por la parte prestataria en las condiciones expresadas, constituyéndose en fiadores solidarios, con el deudor principal, al pago en la misma medida y extensión que la parte prestataria, con renuncia expresa a los beneficios de orden, exclusión, división y cualquier otro que pudiera corresponder.

3º.- Mediante escritura pública de 15 de octubre de 2009, los litigantes vendieron a D. Argimiro las 26.313 participaciones sociales de las que eran titulares en la mercantil Surinfo Cádiz, S.L., por el precio declarado de 26.313 euros. El comprador, en escritura de la misma fecha, declaró que la sociedad tenía la condición de unipersonal, al haber adquirido la totalidad de las participaciones sociales constitutivas de su capital.

4º.- Mediante correo electrónico de 7 de diciembre de 2010, D. Alejo comunicó a D.ª Elisa, tras recordarle su condición de avalista e hipotecante del préstamo concertado por Surinfo Cádiz, S.L., con Cajasol, que, a tal fecha, se elevaba a la suma de 152.000 euros, lo siguiente: "Dado que tanto tú como yo, ya no tenemos ningún vínculo como sociedad con Surinfo y que su dueño y administrador único es Argimiro, yo le he pedido, que nos libere las propiedades nuestras, de tal carga, por el bien de Cirilo y Daniel .

"Y como Surinfo no tiene dinero líquido para levantar la hipoteca y además está teniendo problemas de pago con la hipoteca mensual, ante la posibilidad que se agrave más la casa,

y que lo podamos perder todo, he llegado al acuerdo con Argimiro en el que yo vendo la casa de DIRECCION001 NUM003, y con lo que saque libero la hipoteca tanto de la casa como de los garajes y yo a cambio me hago cargo de la hipoteca que él tiene de su casa de 40.000 euros.

"[...] Si tiene dudas de mis palabras puede consultarlo con Argimiro, aunque pase lo que pase lo voy a llevar a cabo (sic) por el bien de ellos, y por supuesto seguiré preservando a mis hijos [...] y por favor tira más de ellos te necesitan, y en mí no encontrarás un enemigo en ese respecto".

5º.- Con fecha 17 de marzo de 2011, el Sr. Alejo procedió a la venta de la vivienda familiar, sita en DIRECCION001 número NUM003 de DIRECCION002, y destinó el dinero obtenido al pago del préstamo concedido a favor de Surinfo, S.L., del que eran avalistas solidarios e hipotecantes, que quedó cancelado.

6º.- Tras el pronunciamiento de divorcio, se tramitó procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial de gananciales de los litigantes.

En el inventario del activo, consta que la vivienda familiar, sita en DIRECCION001 número NUM003 de DIRECCION002, finca registral NUM002 del Registro de la Propiedad número 2 de DIRECCION000, era propiedad de la sociedad de gananciales en el 74,26 por ciento, y el 25,74% restante privativa del demandante.

También, formaban parte del activo sendas plazas de garaje con trastero, que eran las fincas registrales NUM001 y NUM000, igualmente gravadas, en garantía de dicho préstamo, respondiendo cada de ellas de un principal de 10.735 y 9510 euros respectivamente.

En el pasivo consta como los referidos inmuebles estaban gravados con hipoteca constituida a favor de Cajasol, en garantía de un préstamo de 179.000 euros, concedido a la entidad Surinfo Cádiz, S.L., según escritura pública de 31 de octubre de 2007, en la que los litigantes comparecieron como avalistas solidarios e hipotecantes.

Otra partida del pasivo consistía en un préstamo personal con garantía hipotecaria solicitado por el matrimonio, con fecha 17 de febrero de 2005, por importe de 42.000 euros, para el abono del precio de la que fue vivienda familiar, concertado con la entidad Cajasol, hoy la Caixa, por el que existe un derecho de crédito a favor de D. Alejo por el cien por ciento de las cuotas abonadas desde el auto de fecha 30 de septiembre de 2009, por un total de 6.677,43 euros, quedando pendiente de amortizar la suma de 8.443,35 euros a la fecha del auto de 12 de mayo de 2016, que aprobó el inventario de los bienes gananciales en los términos reseñados.

7º.- Determinado el inventario ganancial, continuó el procedimiento para proceder a la realización de las operaciones liquidatorias del haber común. En su curso, D.ª Elisa se opuso al cuaderno particional elaborado por el contador partidador.

En síntesis sostuvo que, como compensación al pago de la deuda de Surinfo, S.L., con el dinero obtenido de la venta de la vivienda de los litigantes, D. Argimiro, socio y administrador único de dicha sociedad, adjudicó, al Sr. Alejo, una vivienda de propiedad de aquél, que es la finca registral NUM004, en la que actualmente reside el Sr. Alejo con los hijos de los litigantes, cuya custodia se le atribuyó en la sentencia de divorcio; por consiguiente, el crédito de la sociedad de gananciales quedó extinguido mediante dicha cesión para pago a D. Alejo ; por lo tanto, el actor le debe abonar el valor

asignado a dicha partida en el cuaderno particional de 47.405,82 euros.

8º.- Tramitado el correspondiente proceso de oposición al cuaderno particional, por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Puerto Real se dictó sentencia de 20 de noviembre de 2019, que desestimó la oposición formulada, con fundamento en que la vivienda ganancial se vendió el 16 de marzo de 2011 para cancelar el préstamo concertado por Surinfo Cádiz, S.L., con Cajasol, del que los litigantes eran avalistas e hipotecantes, y con el precio obtenido se canceló el referido préstamo. El 74,26 % del precio obtenido con dicha venta (94.811,05 euros) es ganancial, por lo que debe formar parte del activo de la sociedad de gananciales un crédito por dicho importe contra Surinfo Cádiz, S.L., que se benefició de la extinción de la deuda en aplicación del art. 1838 CC.

Obra en el procedimiento, un documento privado que lleva fecha 1 de enero de 2013, según el cual Argimiro y su mujer D.ª Martina alquilan a D. Alejo, el inmueble sito en la CALLE000 NUM005 de DIRECCION002, por cinco años, susceptibles de prórroga, por la renta de 357,64 euros mensuales, más gastos de comunidad.

En definitiva, la sentencia aprobó el cuaderno particional del contador judicial, que es del siguiente tenor: "Total activo ganancial: 124.15027 euros.

"Total pasivo ganancial: 15.31228 euros
"Adjudicación en favor de: "A) Dña. Elisa : "1. 50% del crédito de la sociedad de gananciales contra SURINFO CÁDIZ SL por importe igual al pago realizado con objeto de cancelar el préstamo hipotecario (47.40552 euros).

"Total adjudicado: 47.40552 euros.

"B) D. Alejo : "1. Pleno dominio de los garajes identificados como finca registral nº NUM000

y finca Registral nº NUM001 del Registro de la Propiedad nº 2 de DIRECCION000, por importe de 29.09748 euros.

"2. 7426% del producto sobrante de la venta de la finca registral NUM002 por importe de 24117 euros.

"3. Derecho de Crédito de D. Alejo contra la sociedad de gananciales por el abono de la carga hipotecaria contraída con la entidad La Caixa, por importe de 8.13670 euros.

"4. Deuda pendiente de amortizar del préstamo hipotecario contraído con la Caixa por importe de - 7.17558 euros.

"5. 50% del crédito de la sociedad de gananciales contra SURINFO CÁDIZ SL por importe igual al pago realizado con objeto de cancelar el préstamo hipotecario (47.40552 euros).

"Total adjudicado: 61.43246 euros.

"D. Alejo recibe un exceso de adjudicación de 7.01347 euros, debiendo compensar a Dña. Elisa en dicha cantidad, igualándose las adjudicaciones".

9º.- Contra dicha sentencia se interpuso por D.ª Elisa recurso de apelación, dado que se aprobó íntegramente el cuaderno particional, que incluía, en el activo del inventario, un derecho de crédito de la sociedad legal de gananciales contra Surinfo Cádiz, S.L., por importe igual al 74,26% del pago realizado con objeto de cancelar el préstamo hipotecario.

La razón esgrimida "no es por discrepancia en la cuantificación de la vivienda, en cuanto estamos conformes con la sustitución de la vivienda familiar por el precio obtenido por la venta dado que ya no forma parte del patrimonio y que, salvo la partida sobrante de la operación de venta 241,74 euros, fue destinada a la cancelación del préstamo hipotecario concedido a Surinfo Cádiz S.L.", la discrepancia está en que el pago realizado no

puede redundar en beneficio de la sociedad de gananciales, toda vez que omite la sentencia que la vivienda fue vendida por el Sr. Alejo, al hallarse a su nombre en el Registro de la Propiedad, y que dicha venta estaba condicionada por el acuerdo de compensación alcanzado entre el Sr. Alejo y D. Argimiro, en virtud del cual éste último le cedió la vivienda de su propiedad, sita en la CALLE000, número NUM005, de DIRECCION002, por la cancelación del préstamo de la sociedad unipersonal del Sr. Argimiro .

Es por lo que, al haber obrado en su propio beneficio, se considera que se ha llevado a efecto una disposición fraudulenta de la vivienda familiar y, en consecuencia, procede adjudicarle la partida del 74,26% del pago realizado con objeto de cancelar el préstamo.

Igualmente, recurrió la imposición de costas.

En su escrito de oposición al recurso de apelación interpuesto, el Sr. Alejo señala que eran avalistas solidarios e hipotecantes, que procedió a la venta de la vivienda familiar ante la eventualidad de la ejecución hipotecaria y que se subastase la vivienda en condiciones desfavorables. La vivienda se vendió por 128.000 euros, destinándose 127.674 a la liquidación del préstamo. Las partes están de acuerdo en que la deuda constituía pasivo de la sociedad. La vivienda queda sustituida por el derecho de crédito. No es de aplicación el art. 1390 CC, puesto que no obtuvo beneficio alguno de la operación efectuada y el derecho de crédito procede del art.

1838 CC. También, se opuso a la pretensión de la contraparte para que se le liberara de la imposición de costas.

10º.- La Audiencia Provincial dictó sentencia revocatoria de la pronunciada por el juzgado.

Partió, para ello, de la base de que la venta de la vivienda familiar por el Sr. Alejo se considera consentida por D.ª Elisa, toda vez que no impugnó dicha venta en el plazo de cuatro años que señala la ley, además manifestó su conformidad en la sustitución por su valor; no obstante, discrepa de la decisión del juzgado, al considerar que no es el art. 1838 CC, sino el art. 1844 CC, el aplicable para la decisión del proceso, relativo a los casos en los que se trata de fianza constituida por cofiadores.

Por otra parte, no puede soslayarse que no se ha practicado prueba sobre la necesidad de anticipar el pago, al no mediar procedimiento judicial contra Surinfo Cádiz, S.L., ni acreditarse que dicha sociedad se encontrase en concurso o insolvencia.

La sala proclama que desconoce, a ciencia cierta y a falta de prueba, los acuerdos entre el Sr. Alejo y el Sr.

Argimiro . Tampoco se atisba una conducta dolosa o en beneficio exclusivo del Sr. Alejo, determinante de la aplicación del art. 1390 CC; pero sí un actuar, apresurado y falto de diligencia, al efectuar el pago de la deuda garantizada sin constatar las circunstancias del art. 1844.3.º CC.

Con dicho fundamento, decide aceptar la propuesta liquidatoria de la parte apelante en los términos siguientes: "1º) Dejar sin efecto la adjudicación a una y otra parte del 50% del crédito de la sociedad de gananciales contra SURINFO CÁDIZ SL por importe igual al pago realizado con objeto de cancelar el préstamo hipotecario (equivalentes al total de 94.811,04 euros).

"2º) Sustituir dichas adjudicaciones por las siguientes: "A FAVOR DE D. Alejo "1. Pleno dominio de los garajes identificados como Finca Registral nº NUM000 y Finca Registral nº NUM001 del Registro de la Propiedad nº 2 de

DIRECCION000, por importe de 29.09748 euros.

"2. 7426% del producto sobrante de la venta de la finca registral NUM002 por importe de 24117 euros.

"3.- Derecho de crédito contra SURINFO CÁDIZ SL por importe de 94.811,04 euros.

"4.- Asunción de las deudas del pasivo de la sociedad de gananciales por importe de 15.312, 28 euros.

"TOTAL: 108.837,41 EUROS "D. Alejo recibe un exceso de adjudicación de 54.418,7 euros, debiendo compensar a Dña. Elisa en dicha cantidad, igualándose las adjudicaciones".

11º.- Contra dicha sentencia se interpusieron por el Sr. Alejo recursos extraordinarios por infracción procesal y casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- Motivo del recurso extraordinario por infracción procesal Con base en el art. 469.1.4.º, infracción del art. 24 de la Constitución Española en cuanto al derecho a obtener la tutela judicial efectiva, en relación al art. 399 LEC, por ser errónea y manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba y no superar, conforme a la doctrina constitucional, el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en art. 24 CE, y que ha llevado al Tribunal a conclusiones ausentes de lógica (sentencias 1069/2008, de 28 de noviembre, 458/2009, de 30 de junio, 736/2009, 6 de noviembre, 333/2013, de 23 de mayo, todas ellas citadas por la sentencia 615/2016, de 10 octubre).

Según la motivación del recurso, el error se centra en que la sala de apelación entiende que esta parte en el pago de la hipoteca que gravaba la vivienda familiar ha actuado "de

forma apresurada y falta de diligencia", afirmación que permite la aplicación del art. 1.844-3 del CC, y con ello la estimación del recurso de apelación de la parte contraria, aun admitiendo las serias dudas del supuesto enjuiciado.

En cuanto a la identificación concreta de la indefensión material producida, se centra en considerar probado un hecho, a pesar de que la misma sentencia pone de manifiesto sus serias dudas sobre la existencia de los hechos, lo que lleva a la exclusión de la aplicación del art.1.390 del CC y la no imposición de costas a mi representado.

"En este sentido, la sentencia señala: "Dudas que procede centrar tanto en si su actuar fue motivado por el interés de la familia -al saldar deudas hipotecarias que la Sala desconoce si eran de inminente reclamación judicial- o por contrario lo fue en su beneficio exclusivo y correlativo daño para la apelante al excluirla de la percepción de gran parte del acervo ganancial encubriéndose al tiempo una dación en pago de deuda. O incluso el caso que nos ocupa, plantea si ambas circunstancias concurrían a la vez. Dudas, en definitiva, más que razonables para dejar de imponer las costas de la primera instancia a la parte vencida en juicio".

TERCERO.- Desestimación del motivo La valoración probatoria es actividad que corresponde a los tribunales de primera y segunda instancia, y, por lo tanto, es ajena a los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación.

En efecto, la casación no es una tercera instancia que posibilite una nueva revisión del material fáctico del proceso, sino que cumple una función asaz diferente; por un lado, nomofiláctica o protectora de las normas jurídicas de derecho material o sustantivo; y, por otra, de fijación de doctrina, mediante el

establecimiento de criterios uniformes de interpretación y aplicación de la ley, que sirva de orientación y guía para resolver asuntos que guarden identidad de razón.

La técnica casacional exige, pues, razonar sobre la infracción legal, respetando los hechos y la valoración probatoria de la audiencia, sin que constituya una tercera instancia (sentencias 142/2010, de 22 de marzo; 56/2011, de 23 febrero; 71/2012, de 20 febrero; 669/2012, de 14 de noviembre; 147/2013, de 20 de marzo; 5/2016, de 27 de enero; 367/2016, de 3 de junio, o más recientemente 477/2019, de 17 de septiembre; 365/2020, de 29 de junio, 476/2020, de 21 de septiembre; 83/2021, de 16 de febrero; 141/2021, de 15 de marzo, entre otras muchas).

Tampoco es posible instar que se lleve a efecto una nueva valoración de la prueba a través del recurso extraordinario por infracción procesal; toda vez que no figura el error en la valoración de la prueba dentro de los motivos tasados contemplados en el art. 469.1 de la LEC, lo que pone de manifiesto, de nuevo, que el legislador reservó dicha valoración a los tribunales de instancia (sentencias 626/2012, de 11 de octubre; 263/2016, de 20 de abril; 615/2016, de 10 de octubre o 141/2021, de 15 de marzo, entre otras muchas).

No obstante, lo expuesto no significa que quepa aceptar la consagración de patentes y manifiestos errores fácticos, de constatación objetiva, y de transcendencia acreditada en la decisión del proceso, o resoluciones arbitrarias, fruto de un mero voluntarismo judicial atentatorio a la racionalidad exigible a las decisiones de los tribunales.

La concurrencia de vicios de tal clase permite realizar, excepcionalmente, un control jurisdiccional al amparo del art. 469.1.4.º de la

LEC, que recoge, como concreto motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, la vulneración de lo dispuesto en el art. 24 de la CE, que constitucionaliza los derechos fundamentales de naturaleza procesal que conforman las garantías del juicio justo.

Y, de esta manera, la jurisprudencia constitucional ha considerado infringido el art. 24.1 de la Carta Magna cuando, aún constatada la existencia formal de una argumentación, la resolución resulte fruto de un proceso deductivo irracional o absurdo (sentencias del Tribunal Constitucional 244/1994, FJ 2; 160/1997, de 2 de octubre, FJ 7; 82/2002, de 22 de abril, FJ 7; 59/2003, de 24 de marzo, FJ 3, 90/2010, de 15 de noviembre, FJ 3 o 56/2013, de 11 de marzo); o sea simple expresión de la voluntad, sin fundamento en razón material o formal alguna (sentencias del Tribunal Constitucional 164/2002, de 17 de septiembre; 45/2005, de 28 de febrero; 164/2005, de 20 de junio; 277/2005, de 7 de noviembre; y 162/2006, de 22 de mayo; y sentencia de esta sala 382/2016, de 19 de mayo), con admisión de que el canon de la racionalidad, que impone el art. 24.1 CE, se extienda a la temática valorativa de la prueba (sentencias del Tribunal Constitucional 50/1988, 357/1993, 246/1994, 110/1995, 1/1996, de 15 de enero y más recientemente 61/2019, de 6 de mayo, entre otras).

En congruencia con ello, esta Sala 1.ª del Tribunal Supremo, en su función tuitiva de los derechos fundamentales, corrige, al amparo del art. 469.1.4.º de la LEC, una valoración probatoria que atente, de forma manifiesta y notoria, al canon de racionalidad que ha de presidir cualquier resolución judicial. En este sentido, señala la sentencia 7/2020, de 8 de enero, que: "Como recuerda la sentencia 572/2019, de 4 de noviembre, "esta sala no es

una tercera instancia y por esta razón solo de forma excepcional se admite la revisión de la valoración probatoria del tribunal sentenciador por la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de alguna prueba, o bien por la concreta infracción de una norma tasada de valoración de prueba, siempre que, por resultar manifiestamente arbitraria o ilógica, la valoración de esa determinada prueba no supere, conforme a la doctrina constitucional, el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución (entre las más recientes, sentencias 88/2019, de 13 de febrero, y 132/2019, de 5 de marzo)".

De igual forma, las sentencias posteriores 31/2020, de 21 de enero; 144/2020, de 2 de marzo; 298/2020, de 15 de junio; 674/2020, de 14 de diciembre; 681/2020, de 15 de diciembre; 59/2022, de 31 de enero; 391/2022, de 10 de mayo; 544/2022, de 7 de julio; 653/2022, de 11 de octubre; 847/2022, de 28 de noviembre, y 217/2023, de 13 de febrero, entre otras muchas.

También constituye jurisprudencia asentada la que proclama que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1.º) 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 2.º) 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 (sentencias 418/2012, de 28 de junio; 262/2013, de 30 de abril; 44/2015, de 17 de febrero; 208/2019, de 5 de abril; 141/2021, de 15 de marzo; 59/2022, de 31 de

enero; 391/2022, de 10 de mayo y 217/2023, de 13 de febrero).

Por otra parte, la valoración arbitraria no se identifica con una antagónica apreciación de la prueba practicada, y, por lo tanto, no cabe incurrir en el exceso de considerar vulneradas disposiciones sobre la prueba, cuya valoración ha de hacerse conforme a las reglas de la sana crítica, por el mero hecho de que la parte recurrente llegue a conclusiones distintas de las alcanzadas por el tribunal provincial con arreglo a criterios valorativos lógicos (sentencias 789/2009, de 11 de diciembre; 541/2019, de 16 de octubre y 141/2021, de 15 de marzo); puesto que no podemos identificar valoración arbitraria e irracional de la prueba con la obtención de unas conclusiones fácticas distintas a las sostenidas por quien discrepa del ejercicio de tan esencial función de la jurisdicción.

La sentencia del tribunal provincial concluye que el pago de la deuda garantizada por el recurrente fue apresurado y falto de diligencia al no constar la reclamación de la deuda a los fiadores, ni la insolvencia del deudor garantizado; pues bien, de la lectura de la sentencia recurrida no se aprecia ningún error, que deba ser corregido por este tribunal, por ser fruto de una irracional, absurda o arbitraria valoración de la prueba practicada, sin que discrepar de la conclusión fáctica de la sentencia, como hace la parte recurrente, constituya este motivo de recurso, que llevaría, en definitiva a invadir ámbitos jurisdiccionales de la primera y segunda instancia vedados a este tribunal, salvo que se hubiera vulnerado el art. 24.1 CE, que no es el caso.

Concluir, como hizo la audiencia, que el pago se hizo "de forma apresurada y falto de diligencia", cuando no consta reclamación del acreedor Cajasol, ni insolvencia o falta de liquidez de la sociedad prestataria deudora

Surinfo Cádiz, S.L., o beneficio obtenido por los litigantes, en su condición de cofiadores hipotecantes, por la unilateral venta del bien ganancial llevada efecto por el recurrente, aprovechándose de la inscripción de la vivienda familiar a su nombre como privativa en el registro de la propiedad, de ninguna manera conforma una conclusión absurda, irracional o arbitraria, máxime cuando la parte recurrente no ofrece una justificación plausible de su proceder, pues niega la cesión en pago de otro inmueble, titularidad del socio único de Surinfo Cádiz, S.L., D. Argimiro, como contraprestación natural de dicho acto de cancelación de la deuda avalada, lo que además contrasta con la circunstancia de que posee la vivienda propiedad de éste, así como el contenido del correo electrónico dirigido a la demandada en anuncio de dicha operación que, en todo caso, sostuvo, la llevaría a efecto.

Por otra parte, tampoco es de recibo alegar conjuntamente, en el mismo motivo, la vulneración de las normas concernientes a la carga de la prueba del art. 217 de la LEC, que conforman otro motivo distinto de infracción procesal, al amparo del art. 469.1.2.º LEC, como es la vulneración de las normas procesales reguladoras de la sentencia, entre las que se encuentran ubicadas las normas que rigen el onus probandi (carga de la prueba).

No caben, además, alegar motivos heterogéneos en el mismo numeral del recurso conforme a reiterada jurisprudencia.

Recurso de casación

CUARTO.- Motivo único del recurso de casación Con base en el art. 477.2.3.º LEC, por infracción del art. 1.844, párrafo tercero, del Código Civil por aplicación indebida, en relación con los arts. 1.822 y 1.145 ambos del Código Civil, considerando como jurisprudencia vulnerada la establecida en las

sentencias de 5 de Febrero de 2.007 (STS 738/2007, recurso de casación 1.065/2000); de 20 de Julio de 2.007 (STS 847/2007, recurso de Casación 3080/2000), y de 13 de Octubre de 2.009 (STS 654/2009, Recurso n.º 1145/2005).

En el desarrollo del recurso, se sostiene que la sentencia recurrida revoca la dictada por juzgado, aplicando el art. 1.844-3 Código Civil, al considerar que el pago efectuado por el recurrente, cofiador solidario junto con la hoy recurrida respecto de un tercero, fue apresurado y falto de diligencia, cuando la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo determina que la obligación de afianzamiento es de carácter solidario, tanto con el deudor principal como con el resto de los cofiadores, debe ser aplicado el art. 1.145 CC, sin tener en cuenta las limitaciones del art. 1.844.3 CC, o no exigir las con carácter riguroso, sino con flexibilidad, porque dicho pago beneficia a todos los cofiadores solidarios.

No concurren óbices de inadmisibilidad, puesto que el recurso se fundamenta en la infracción de normas de derecho material y sustantivo, se respetan los hechos probados, y se cita la jurisprudencia recurrida, planteando un problema de naturaleza jurídica y no de naturaleza adjetiva o procesal; cuestión distinta es que deba ser o no estimado, lo que afecta al examen de fondo del recurso y no a presupuestos de admisibilidad.

La primera de las sentencias invocadas en el recurso es la de 5 de febrero de 2007, dictada en el recurso 1065/2000, en la que concurrían las circunstancias siguientes: el cofiador había sido demandado al pago de la deuda y fue excluido de la relación procesal únicamente por un problema formal, al no habersele citado en el domicilio correcto, con lo que seguía siendo fiador solidario y, por ello,

obligado. El pago por dicho fiador se efectuó a consecuencia de la demanda de juicio ejecutivo presentada por el acreedor Banesto. En consecuencia, no fue un pago voluntario o injustificado.

La segunda sentencia, es la 847/2007, de 20 de julio, en este caso, también la entidad acreedora presentó demanda de juicio ejecutivo contra el deudor principal y tres de los fiadores solidarios, sin que se tratase, por lo tanto, tampoco, de un pago de naturaleza voluntaria. El actor pagó la totalidad de lo reclamado por razón de hallarse en solidaridad con la entidad deudora, frente a la acreedora, y en virtud de la reclamación judicial que verificó la acreedora contra la propia deudora y contra la mayor parte de sus avalistas. Evidentemente tampoco existe coincidencia alguna con el supuesto que ahora nos ocupa.

Por último, la tercera sentencia, cuya doctrina se considera infringida, es la 654/2009, de 13 de septiembre, en la que se consideró que el pago anticipado al vencimiento del crédito se encontraba justificado al hallarse compelido el cofiador al pago de la deuda, en virtud de las circunstancias concurrentes, con la argumentación siguiente: "El primero de ellos alega la infracción de los artículos 1844 y 1822 del Código civil en cuanto la sentencia recurrida confiere el derecho de repetición a la parte actora frente a los demandados ahora recurrentes, pese a que aquélla adelantó el vencimiento del crédito sin el consentimiento de los cofiadores. El motivo se desestima pues consta, aunque las sentencias de instancia no lo exponen con especial detalle, que el demandante se vio compelido a hacer pago, ante los incumplimientos por la sociedad prestataria deudora principal de los pagos a que venía obligada trimestralmente, hasta el punto que tuvo que acudir a otro préstamo con garantía hipotecaria (de su propia

vivienda). Con lo cual, pese a la dicción literal del último párrafo del artículo 1844, se admite que el cofiador que paga, no por propia voluntad, sino compelido a ello, tiene derecho de repetición contra los restantes cofiadores, tanto por razón de justicia intrínseca pues de lo contrario habría asumido, no por propia voluntad, una deuda que sólo en parte le corresponde, como por razón del artículo 1145, párrafo segundo, en relación con el artículo 1822, párrafo segundos, al tratarse de una cofianza solidaria; también por razón de que la finalidad de aquella norma es el evitar un pago imprudente, prematuro o malicioso por parte del fiador que ha pagado. Así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala, que ahora se reitera: sentencias de 19 de noviembre de 1982, 7 de julio de 1988, 2 de diciembre de 1988".

En todo caso, la sentencia señala que la razón que explica el art. 1844.3 CC es evitar un pago imprudente, prematuro o malicioso, como sostiene la audiencia que concurre en este caso.

QUINTO.- Desestimación del motivo En el caso que nos ocupa, resulta que la sentencia recurrida considera acreditado: 1) que fue el recurrente el que procedió, sin el consentimiento de la recurrida, a la venta de la vivienda familiar, ganancial en el 74,26%, para amortizar el préstamo de una sociedad mercantil de la que los litigantes ya no eran socios, aunque sí hipotecantes y avalistas solidarios; 2) no consta reclamación de la deuda por parte de la entidad financiera acreedora, ni la situación de insolvencia o falta de liquidez de la sociedad prestataria, que justificara anticipar el pago del crédito que no se encontraba vencido; 3) el propio recurrente comunica a la recurrida, mediante correo electrónico, un supuesto acuerdo de cesión de una vivienda por parte del socio y administrador único de la mercantil deudora

como contraprestación de la liquidación del préstamo social, con la obligación del recurrente de amortizar un préstamo hipotecario de 40.000 euros que gravaba aquel inmueble; no obstante, durante el proceso desmiente tal operación, aunque se encuentra en posesión de dicha vivienda, aportando un contrato de alquiler formalizado en documento privado.

Es cierto, que la jurisprudencia ha interpretado el párrafo tercero del art. 1844 del CC, en el sentido de que, si no consta que el pago no fue imprudente, ni prematuro, ni malicioso, el fiador podrá reclamar de los cofiadores la parte que le corresponde; pero, en este caso, tal pago fue "apresurado y falto de diligencia", según declara la sentencia recurrida.

En este sentido, la sentencia 442/2015, de 23 de julio, proclama, en un supuesto en el que constaba que la deudora principal había cerrado sus instalaciones, y que el pago beneficiaba a los otros cofiadores por la quita obtenida de la deuda, que: "1. El alegato que entiende infringida la doctrina jurisprudencial del art. 1844, párrafo tercero del Código Civil, además de no cumplir con las exigencias establecidas en el art. 477.2.3º LEC para que pueda invocarse interés casacional, al no citar más que una sola sentencia de esta Sala, la resolución citada, la núm. 736/2001, de 9 de julio, sienta doctrina totalmente contraria a la alegada en el motivo.

"Así, el fundamento de derecho cuarto de la citada sentencia, siguiendo la STS de 16 de julio de 1999, se expresa en los siguientes términos: "[...] es doctrina consolidada de esta Sala la de que la exigencia del párrafo 3º del artículo 1844 del Código Civil, que tiene su razón de ser en evitar a los cofiadores los perjuicios de una conducta infundada, unilateral, caprichosa o, incluso, maliciosa por parte del fiador que pagó, deja en absoluto de

tener virtualidad (por pérdida de la 'ratio legis' que la justifica) cuando el pago realizado por un fiador es beneficioso para todos, ante la evidencia de la deuda y la conveniencia de no incurrir en mayores responsabilidades en caso de dar lugar a la demanda judicial, como ocurre en el presente supuesto litigioso,...

(STS 16 de julio de 1999)". Para, a continuación, citar otras muchas en el mismo sentido de 29 de noviembre de 1997, 24 de mayo de 1994, 4 de mayo de 1993 y 7 de junio de 1991.

"2. La sentencia recurrida hace buen uso de la jurisprudencia recaída en torno al párrafo tercero del art. 1844 CC, de acuerdo con la interpretación integradora ordenada en el art. 3.1 CC, al no ser "viable la aplicación simplista [del precepto] por la mera circunstancia de que no se haya demandado el pago del crédito afianzado por la entidad financiera acreedora a la deudora principal y que ésta no esté formalmente declarada en quiebra...-, por lo que procede la reclamación, en evitación de un eventual enriquecimiento injusto, y pueda resarcirse el que ha arrastrado el riesgo de satisfacer la deuda en provecho de todos, deudor y cofiadores, en la cuantía proporcional correspondiente" (STS de 2 de diciembre de 1988). En el presente caso quedó acreditado el cierre de las instalaciones de la deudora principal, de un lado, y el beneficio que reportó al resto de los cofiadores la quita que obtuvo la parte demandante, por otro".

No obstante, en el caso que nos ocupa, a diferencia del contemplado en la precitada sentencia 442/2015, de 23 de julio, no resulta de la sentencia recurrida, ni se atisba el beneficio que obtuvieron los litigantes con el pago anticipado del préstamo, mediante la venta de la vivienda familiar de naturaleza ganancial, en la que los hijos comunes, además, satisfacían sus necesidades de

habitación, cuando la propia parte recurrente niega la contraprestación consistente en la cesión en pago de una vivienda, titularidad del socio único de la mercantil prestataria, para explicar el anómalo proceder del recurrente de liquidar anticipadamente el préstamo ajeno.

Por último, señalar que la fianza, como en el caso de la litis, puede pactarse con el carácter de solidaria, no sólo en cuanto a las obligaciones de los cofiadores entre sí, sino también respecto de la obligación del deudor principal (art. 1822 CC); ahora bien, incluso en el supuesto de la denominada "fianza solidaria" no existe una obligación única con pluralidad de deudores (en que se puedan entender refundidas la principal y la accesoria), sino que subsiste la concurrencia de dos vínculos obligatorios de naturaleza distinta. Así lo ha afirmado esta Sala aclarando que, aunque el fiador se obligue solidariamente con el deudor principal, la fianza no queda desnaturalizada (sentencias de 2 de octubre de 1990, 600/2020, de 12 de noviembre y 116/2021, de 3 de marzo).

En este sentido, la sentencia n.º 770/2002, de 22 julio, cuya doctrina ratifica la más reciente 600/2020, de 12 de noviembre, proclama que: "[...] el aval o fianza solidaria es una institución establecida para el derecho del acreedor al cobro de la deuda que no se refiere a la obligación subjetiva radicante en la persona del deudor, sino a la deuda misma que deberá pagarse por los avalistas en defecto del deudor principal [...]. El deudor principal es un tercero en la relación obligacional entre el acreedor y el fiador, como así lo dice expresamente el párrafo primero del artículo 1822 del Código Civil [...], aparte de que cuando el fiador lo es con carácter solidario, como ocurre en el caso aquí enjuiciado, el acreedor puede dirigirse directamente contra éste, sin tener que hacer reclamación previa o

simultánea alguna al deudor principal (STS 10-4-1995, en recurso 551/1992)".

En definitiva, no consta reclamación de pago de la deuda por parte del acreedor, ni situación de insolvencia o de falta de liquidez de la sociedad prestataria, ni justificación alguna del beneficio que, para los litigantes, supuso el pago anticipado de la deuda garantizada.

Por todo ello, no podemos considerar infringido el art. 1844 III del CC, como pretende la parte recurrente, la cual, de considerar que la sentencia dictada por el tribunal provincial incurre en el vicio de incongruencia, la debió impugnar por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal (art. 469.1.2.º en relación con el art. 218.1 LEC) por vulneración de las normas reguladoras de la sentencia.

(...)

[Ver documento](#)

53

SENTENCIA 1713/2023 DEL TRIBUNAL SUPREMO, CIVIL, DE 12 DE DICIEMBRE DE 2023

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Antecedentes relevantes

A los efectos decisorios del presente recurso partimos de los antecedentes siguientes:

1º.- La demandada D.ª Agueda y el demandante D. Efrain contrajeron matrimonio el 3 de julio de 1976, y se divorciaron por sentencia de 15 de marzo de 2011. El divorcio fue contencioso, y las relaciones entre ambos, desde la separación de hecho, en el año 2008, conflictivas.

2º.- El matrimonio estaba casado bajo el régimen de separación absoluta de bienes,

según capitulaciones matrimoniales otorgadas el 24 de febrero de 1987.

3º.- Constante el matrimonio, los cónyuges adquirieron, por mitad e iguales partes, la casa sita en la CALLE000, número NUM006, de Hernani.

En virtud de escritura pública de 31 de diciembre de 1997, autorizada por el notario de Azpeitia D. Gaspar Rodríguez Santos, bajo el número 1031 de su protocolo, D. Efrain donó a D.ª Agueda su mitad indivisa en la referida finca.

4º.- D. Efrain y D.ª Agueda son titulares, cada uno de ellos, con carácter privativo, de un 40% del capital social de la mercantil Kovilar Aplicaciones Técnicas, S.L.

También, son titulares, cada uno de ellos, con carácter privativo, de un 50% del capital social de la mercantil Oina, S.L.

D.ª Agueda es administradora única de la mercantil Kovilar, S.L. y, por su parte, D. Efrain es administrador único de la mercantil Oina, S.L.

5º.- Además de las anteriores sociedades, los litigantes eran titulares, en porcentaje del 50%, cada uno de ellos, del capital de una sociedad de nacionalidad panameña, denominada Lake Park que, a su vez, era titular de una cuenta bancaria en Suiza.

6º.- Tras la separación de hecho constan las siguientes demandas y querellas presentadas entre las partes:

(i) Con fecha 8 de octubre de 2008, D.ª Agueda formuló querella, en su condición de perjudicada y titular del 50% del capital social de la mercantil Oina, S.L., frente a D. Efrain, administrador único de dicha entidad. Dicho procedimiento se tramitó ante el Juzgado de Instrucción número 2 de San Sebastián como diligencias previas 3317/2008.

Abierto el juicio oral, en su escrito de calificación definitiva, el Ministerio Fiscal solicitó la condena del Sr. Efrain, como responsable, en concepto de autor, de un delito de apropiación indebida, a la pena de tres años de prisión e indemnización a la sociedad Oina, S.L. con la suma de 50.000 euros.

La representación jurídica de la Sra. Agueda, constituida en acusación particular, solicitó la condena del Sr. Efrain, como autor de un delito de apropiación indebida a la pena de cinco años de prisión y multa de doce meses a razón de 100 euros diarios, y por delito de administración desleal la pena de dos años y seis meses de prisión, con indemnización a Oina, S.L. en la suma de 72.568,85 euros.

El referido procedimiento finalizó por sentencia absolutoria 92/2016, de 29 de abril, dictada por la sección segunda de la Audiencia Provincial de San Sebastián, al no estar suficientemente acreditado que el acusado utilizara en propio beneficio bien alguno que no le perteneciera. Esta resolución devino firme, al no admitirse, por auto de 6 de octubre de 2016 de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, el recurso de casación interpuesto por la Sra. Agueda contra dicha resolución.

(ii) Con fecha 24 de mayo de 2010, el Sr. Efrain interpuso contra D.ª Agueda una querella por la comisión de un supuesto delito de apropiación indebida, por la retirada de los fondos depositados en la cuenta de Suiza a nombre de la sociedad Lake Park.

Dicha querella se tramitó ante el Juzgado de Instrucción número 2 de Donostia, como diligencias previas 1791/2011, en el curso de las cuales se dictó auto de fecha 28 de febrero de 2013, por el que se acordó la inhibición y remisión de las actuaciones al Juzgado Decano de los Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional, en aplicación de lo dispuesto en los

artículos 23.2 y 65.1 de la LOPJ, al ser españoles los sujetos activo y pasivo del delito, así como por haberse cometido los supuestos hechos delictivos en el extranjero.

En dicho procedimiento, se dictaron autos de fecha 23 de mayo de 2013 del Juzgado Central de Instrucción número cinco de aceptación de la inhibición y de sobreseimiento; otro de 5 de febrero de 2018, de desestimación del recurso de reforma contra dicha resolución, así como un tercer auto de 23 de marzo de 2018, de la sección 2.ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, confirmatorio de la resolución de sobreseimiento.

(iii) Con fecha 4 de octubre de 2010, D. Efrain interpuso querella contra D.ª Agueda, en su condición de administradora de la mercantil Kovilar, S.L., por la comisión de un presunto delito societario, previsto y penado en el artículo 290 del CP. La querella fue tramitada ante el Juzgado de Instrucción número 1 de Donostia (diligencias previas n.º 3448/2010).

(iv) También, la Sra. Agueda presentó querella contra el Sr. Efrain, que dio lugar a las diligencias previas 444/2011, del Juzgado de Instrucción número 3 de Tolosa, que finalizó por sentencia 35/2014, de 3 de febrero, de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de San Sebastián, que condenó al demandante Sr. Efrain, como responsable, en concepto de autor, de un delito de apropiación indebida, a la pena de siete meses de prisión, y a abonar a la entidad Kovilar, S.L., constituida en acusación particular, la cantidad de 3.596 euros. Dicha resolución alcanzó firmeza.

(v) Con fecha 31 de mayo de 2010, la mercantil Kovilar, S.L., -de la que la Sra. Agueda es administradora única y socia del 40% junto con el Sr. Efrain (40%) y la Sra. Socorro (20%)- interpuso demanda de juicio ordinario frente a D. Efrain, ejercitando acciones por actos de competencia desleal.

7º.- El conocimiento de la demanda correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 6 de San Sebastián, que dictó sentencia en la que absolvió a la demandada de la acción de revocación de la donación de 31 de diciembre de 1997.

En dicha resolución se razonó, en su fundamento de derecho tercero, que las imputaciones criminalizadas no pueden reputarse, por sí solas, atentatorias contra el honor, deben ser serias y graves. No basta la interposición de una querella para conseguir la revocación de una donación, lo que la convertiría en revocable a la voluntad del donante (art. 648.1 CC).

La imputación a la que se refiere el art. 648.2 CC hace la salvedad de que el delito no se hubiera cometido contra el mismo donatario, su cónyuge o hijos constituidos bajo su autoridad, lo contrario sería dejar a las personas indefensas frente a los actos delictivos cometidos contra ellas por el donante, y posteriormente continuó su fundamentación señalando:

"A la luz de estos principios:

"La única querella planteada por la donataria contra el donante, la de apropiación indebida que se tramita ante el Juzgado de Instrucción nº 2, Diligencias previas 3.317/2008, lo es por un delito de apropiación indebida de dinero, cometida contra la persona de la donataria, titular al 50% de las participaciones de Oina con el actor, y de la que éste se habría apropiado en su exclusivo beneficio.

"El Juzgado de Instrucción consideró a la demandada como perjudicada. El delito imputado no es perseguible de oficio, requería denuncia del perjudicado, como aquí ha sucedido. Además, se enmarca en esas reclamaciones litigiosas criminalizadas absurdamente, cuya solución se encuentra no en los procesos penales, sino en una

liquidación definitiva en el orden civil, de las relaciones mercantiles y societarias que todavía existen entre las partes.

"Este hecho no reúne las características para estimarla como una ingratitud de la donataria".

En cuanto a los otros hechos en que se fundamentaba la revocación de la donación por ingratitud, razona el juzgado:

"La imputación de delitos de tráfico no es tal. No hay una querrela por ese supuesto delito. Es el actor quien se querrela con la demandada por una falsa imputación, y la actuación ingrata de la demandada se produjo en un expediente de tráfico el NUM007 en el que se pidió a la empresa de la que es administradora la demandada identificase al conductor implicado en una irregularidad de tráfico. Al ser el conductor habitual de ese vehículo el actor, Kovilar manifestó que el conductor era el actor, a efectos meramente administrativos de tráfico.

"Ni se imputa delito perseguible de oficio, ni se persigue por el denunciante ese delito, como exige la jurisprudencia.

"En cuanto a la demanda de competencia desleal, es una demanda privada, ante el juzgado de lo mercantil, que es el cauce correcto, ordinario y legal para dilucidar las cuestiones que afectan a las mercantiles y sus socios".

8º.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación. Su conocimiento correspondió a la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa.

El recurso de apelación se sustentó, en síntesis, en los fundamentos siguientes:

(i) De la prueba practicada en las actuaciones resulta acreditado que la donataria, Sra. Agueda, ha realizado una serie de actos subsumibles dentro de las conductas descritas

en el art. 648.1.º y 2.º CC, como ingratitud causal suficiente para la revocación de la donación.

(ii) La interpretación del término delito recogido en el apartado 1.º del art. 648 CC debe realizarse en su sentido vulgar. La Sra. Agueda se ha apropiado del dinero de la cuenta común que ambas partes tenían en el Banco CIC de Ginebra; ha imputado falsamente a su representado en una infracción de tráfico; y ha falsificado documentación de la mercantil Kovila, S.L., y le ha impedido el ejercicio de sus derechos como titular del 40% de las participaciones de la citada mercantil de la que es administradora única.

(iii) La Sra. Agueda ha interpuesto dos querellas contra el demandante. En la querrela interpuesta mediante escrito de 8 de octubre de 2008 le imputa de forma concreta tres tipos de distintos delitos, a saber: delito de apropiación indebida (252 C.P.), delito de administración desleal (295 C.P.) y delito de insolvencia punible (257 C.P.), así como cualesquiera otros concomitantes o derivados de los hechos expuestos en la misma.

En la querrela interpuesta, ante el Juzgado de Instrucción número 3 de Tolosa, le imputa un delito de apropiación indebida de 3.596 euros.

La representación de D.ª Agueda se opuso al recurso de apelación interpuesto, interesó su desestimación y correlativa confirmación de la sentencia de instancia, con imposición de costas a la parte apelante.

La audiencia estimó el recurso interpuesto, al entender concurrente la causa de revocación prevista en el art. 648.2 del CC, con base en el siguiente conjunto argumental. recogido en su fundamento de derecho tercero:

"En este sentido, y por lo que respecta la causa prevista en el nº 1, la literalidad de las

expresiones utilizadas no debe adscribirse a títulos concretos del Código Penal, sino que el precepto debe interpretarse en relación a todos aquellos delitos por los cuales pudiera resultar ofendido el donante en su gratitud, siendo suficiente para operar el efecto revocatorio previsto en la norma. En esta línea, tampoco resulta necesario a tal efecto que se haya producido previamente una sentencia penal condenatoria, ni tan siquiera que el procedimiento penal se haya iniciado. Sin embargo, esta interpretación flexible de la literalidad tiene la delimitación causal que impone el precepto, en el sentido de que no basta una conducta que resulte sólo socialmente o éticamente reprobable, sino que tiene que revestir o proyectar caracteres delictuales, aunque no estén formalmente declarados como tales (STS 18 de diciembre de 2012 con cita de la STS de 5 de diciembre de 2006).

"Y en relación con la causa prevista en el nº 2, se viene a entender que la expresión imputare debe interpretarse como el hecho de descubrir el delito cometido por el donante o personarse en el procedimiento para que el donante sea castigado y conseguir más pena que la pedida por el Ministerio Fiscal, siempre y cuando el donatario sea titular de la acción en virtud de la cual se lleva a cabo la persecución judicial (STS de 13 de mayo de 2010).

"Entre los numerosos hechos que el demandante califica como constitutivos de ingratitud se encuentra la imputación que le dirigió la demandada mediante querrela interpuesta por ella con fecha 8/10/2008 en la que le imputa la comisión los presuntos delitos de apropiación indebida previsto y penado en el art. 252 CP, administración desleal previsto y penado en el art. 295 CP e insolvencia punible previsto y penado en el art. 257 CP (documento nº 27 de la demanda),

que dieron lugar a la incoación de las Diligencias Previas nº 3317/2008 seguidas ante el Juzgado de Instrucción nº 2 de San Sebastián, transformadas posteriormente en el Procedimiento Abreviado nº 4653/13 seguido contra el Sr. Efrain y enjuiciado por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa (rollo nº 1050/2015), en el que intervino la Sra. Agueda como acusación particular interesando una petición de condena superior a la solicitada por el ministerio público, dictándose con fecha 29 de abril de 2016 sentencia absolutoria que ha devenido firme.

"Por consiguiente, entendemos que en el presente caso concurre causa de revocación de la donación de la mitad indivisa de la vivienda sita en la villa de Hernani, señalada con el nº NUM006 de la CALLE000, efectuada por el Sr. Efrain mediante escritura autorizada por notario el 31 de diciembre de 1997 por causa de ingratitud de la donataria Sra. Agueda incardinable en el art. 648.2º CC, debiendo en consecuencia, con estimación del recurso de apelación interpuesto, revocar la sentencia de instancia y estimar íntegramente la demanda".

9º.- Contra dicha sentencia se interpuso por la demandada recurso de casación.

SEGUNDO.- Recurso de casación

2.1 Fundamento del recurso

El recurso de casación se interpone por interés casacional, se fundamenta en un único motivo por infracción del art. 648.2 CC, con cita, como jurisprudencia vulnerada, de la expresada en las sentencias de 11 de octubre de 1999 y 13 de mayo de 2010.

En el recurso se consideró errónea la tesis sustentada por la sentencia de la audiencia, al no considerar que el art. 648.2.º CC excluye, expresamente, de su ámbito de aplicación, la

circunstancia de que el delito imputado tenga como sujeto pasivo al propio donatario, y precisa:

"Conviene recordar que la Sentencia de Apelación, aceptó los hechos que fueron declarados probados en la instancia. Entre tales hechos declarados probados se encuentra (el recogido en los antecedentes como Hecho 5 b) la interposición de la querrela por parte de Dña. Agueda frente a D. Efrain por supuestos delitos de Apropiación Indebida, administración desleal e insolvencia punible, como consecuencia de actos que el Sr. Efrain había llevado a cabo en la sociedad OINA S.L. de la que la Sra. Agueda es socia y titular del 50% de su capital social, lo que le confiere la condición de perjudicada y sujeto pasivo del delito. (Folios 161 a 172). Tal y como resulta de la relación circunstanciada de hechos contenidos en dicha querrela, en el año 2008 y estando la sociedad OINA S.L. en pleno funcionamiento el Sr. Efrain, administrador único de la referida sociedad y socio al 50% junto con la Sra. Agueda, procedió al cierre de facto de dicha mercantil, despidiendo a la única trabajadora de la empresa, casualmente la hermana de la Sra. Agueda, a quien no abonó la indemnización legalmente prevista, y disponiendo de prácticamente todos los activos de la sociedad -fundamentalmente saldos de tesorería- pero sin llevar a cabo un proceso ordenado de liquidación".

Se señala que la interpretación de la ingratitud debe ser restringida, sin que toda ingratitud de los donatarios dé lugar a la revocación, sino solamente los casos concretos que señala el art. 648 CC (sentencia 13 de mayo de 2000), y se excluyen los supuestos en los que el delito imputado tenga como sujeto pasivo al propio donatario (sentencia 11 de octubre de 1989). Se insiste en que lo relevante de la improcedencia de la revocación es que tal

imputación se hizo, por la Sra. Agueda, en calidad de perjudicada, condición que consta reconocida en el procedimiento penal y que no ha sido controvertida.

2.2 Oposición de la parte recurrida

La parte recurrida se opone al recurso interpuesto. En primer lugar, niega la concurrencia del interés casacional y solicita la inadmisión del recurso; sin embargo, no procede aceptar un pronunciamiento de inadmisibilidad formal.

En efecto, este tribunal ha elaborado la doctrina de las causas absolutas y relativas de inadmisibilidad, fijada en el auto del pleno de esta Sala 1.ª de 6 de noviembre de 2013 (recurso 485/2012), asumida en resoluciones posteriores como las sentencias 577/2015, de 5 de noviembre; 667/2016, de 14 de noviembre; 292/2017, de 12 de mayo; o más recientemente 142/2021, de 15 de marzo; 629/2021, de 27 de septiembre; 658/2021, de 4 de octubre; 843/2021, de 9 de diciembre; 283/2022, de 4 de abril, o 1032/2022, de 23 de diciembre, entre otras muchas. Según tal doctrina:

"[...] puede ser suficiente para pasar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo del recurso, la correcta identificación de determinados problemas jurídicos, la exposición aun indiciaria de cómo ve la parte recurrente el interés casacional y una exposición adecuada que deje de manifiesto la consistencia de las razones de fondo. En tales casos, una interpretación rigurosa de los requisitos de admisibilidad que impidan el acceso a los recursos extraordinarios no es adecuada a las exigencias del derecho de tutela efectiva jurídica de la sentencia (sentencias 667/2016, de 14 de noviembre, con cita de la 439/2013, de 25 de junio; 2/2017, de 10 de enero y 149/2017, de 2 de marzo)".

En cuanto al fondo, el demandante sostiene que concurre el supuesto de ingratitud apreciado por la audiencia, toda vez que la donataria le imputó un delito, lo sea o no. La excepción de que al menos el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario no concurre, puesto que exige que tal ilícito criminal se hubiere perpetrado y declarado como tal, lo que, en el presente caso, no ha sucedido; por consiguiente, si no existe delito cometido contra el donatario no opera la excepción del art. 648.2 CC. Lo que sí es cierto es la imputación de la donataria al donante de los delitos de apropiación indebida, administración desleal e insolvencia punible, que va más allá de una mera denuncia, al constituirse la recurrente en acusación particular, con petición incluso de mayor pena que la instada por el Ministerio Fiscal.

El procedimiento finalizó por sentencia absolutoria, por lo que no hubo delito alguno cometido ni, consecuentemente, sujeto pasivo, que sería, en su caso, teóricamente la sociedad Oina, S.L., y no la donataria e hijos.

La demandada tenía a su disposición las acciones civiles para la defensa de los derechos que consideraba le correspondían; lejos de ello, optó por la vía penal, en vez de proceder a la liquidación definitiva en el orden civil de las relaciones mercantiles y societarias todavía existentes entre ellas.

En consecuencia, concurre la causa de ingratitud apreciada por la audiencia e interesa la desestimación del recurso.

TERCERO.- Decisión del recurso

En el presente recurso de casación, la audiencia estimó la demanda por la concurrencia de la causa prevista en el art. 648. 2.º del CC, que permite al donante revocar una donación por causa de ingratitud, en el caso de que "[...] el donatario imputare al donante alguno de los delitos que dan lugar

a procedimientos de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe; a menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su cónyuge o los hijos constituidos bajo su autoridad".

Este tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse, en varias ocasiones, con referencia expresa a los antecedentes normativos y doctrina científica interpretativa del art. 648.2 CC, sobre los presupuestos condicionantes de la aplicación de tal causa de revocación de las donaciones, tales como la naturaleza del delito atribuido al donante, que debe ser perseguible de oficio, y además con respecto a lo qué debe entenderse por imputar un delito. Sin embargo, no existe pronunciamiento del tribunal sobre el significado de la expresión normativa consistente en que "el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario" y si su aplicación exige la condena penal del donante, puesto que, en el caso que nos ocupa, fue absuelto de los delitos objeto de las acusaciones formuladas.

En efecto, en la sentencia 577/2019, de 5 de noviembre, se desestimó la revocación por ingratitud al amparo del art. 648.2 CC, toda vez que el delito societario atribuido no era perseguible de oficio, con fundamento en el siguiente conjunto argumental:

"[...] el legislador permite al donante revocar una donación cuando el donatario le imputa un delito perseguible de oficio porque, como argumentó García Goyena en la explicación de la regla, cuando nos encontramos ante "delitos, cuya persecución debe instaurarse por el ministerio público, y puede serlo por acción popular, no está bien al donatario perseguir, sino más bien compadecer a su bienhechor"; y, aun en ese caso, la imputación de un delito al donatario (sic) no es causa de revocación por ingratitud si el delito se ha cometido contra el propio donatario porque,

como decía el mismo García Goyena "el derecho de vindicarse a sí mismo, o a las personas, cuya defensa le está encomendada por la ley, es anterior y preferente a todo otro derecho".

"En el caso que da lugar a este recurso, y a la vista de los hechos probados en la instancia, no cabe apreciar la causa de revocación prevista en el art. 648.2.º CC. Los delitos por los que el donatario presentó denuncia contra los donantes requieren la presentación de denuncia de la persona agraviada o de su representante legal; el ministerio fiscal solo puede denunciar cuando la persona agraviada "sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida", para proteger su interés (art. 296.1 CP); únicamente deja de ser precisa la denuncia del agraviado "cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas" (art. 296.1 CP), lo que no se ha planteado en el caso.

"No nos encontramos, por tanto, ante un delito perseguible de oficio. Con independencia, como apunta la sentencia recurrida, de que los delitos societarios denunciados contra los donantes podrían afectar al patrimonio del donatario denunciante. Con independencia, también, de que en la vía penal se confirmara el sobreseimiento libre frente a los hijos denunciados en atención a la imposibilidad de ejercer acción penal por los delitos patrimoniales contra los parientes a que se refiere el art. 103.2 LECriminal".

Ahora bien, en el presente caso, los delitos de apropiación indebida e insolvencia punible sí son perseguibles de oficio. Así, con respecto a la apropiación indebida, lo declaró expresamente la sentencia 316/2013, de 17 de abril, de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo.

En el caso enjuiciado por la sentencia 261/2010, de 13 de mayo, tras hacer

referencia a los antecedentes normativos y de derecho comparado del art. 648.2 del CC, aclaramos que es lo que debía entenderse por "imputar" algún delito al donante, y establecimos al respecto que:

"[...] el Código civil francés de 1804, en su art. 955, solo admitió la revocación por ingratitud en los casos siguientes: a) atentado del donatario contra la vida del donante; b) que el donatario sea culpable de sevicias, delitos o injurias graves contra el donante, y c) que le niegue los alimentos. No aparece la causa tal como la recogió el Código español.

"En el Proyecto de Código Civil de 1851 se recogía como causa de revocación que "el donatario imputare al donador alguno de los delitos que dan lugar al procedimiento de oficio, aunque lo pruebe, a menos que el delito se hubiere cometido contra el propio donatario, su mujer, ó hijos constituidos bajo su autoridad". De ahí pasó al Código civil vigente, contando, al parecer, con los precedentes de los arts. 1488 del Código portugués, 1081 del Código italiano de 1865 y 2764 del Código mejicano, en las versiones vigentes en 1889. Este artículo fue interpretado por la doctrina posterior con grandes dificultades.

"Esta causa de revocación se ha mantenido en el Código civil, cuya redacción original no se ha modificado, a pesar de que ordenamientos más modernos la tratan de una forma más abierta. Así el art. 531-15.1, d) del Código civil de Cataluña dice que son causas de ingratitud "los actos penalmente condenables que el donatario o donataria efectúe contra la persona o los bienes del donante, de los hijos, del cónyuge o del otro miembro de la unión estable de pareja y también, en general, los que representen una conducta en relación a las mismas personas no aceptada socialmente", con lo que nos encontramos ante una cláusula más abierta, pero a la vez

más restringida. A su vez, el Art. IV.H.- 4:201 del Draft of Common Frame of Reference (DCFR) dice que el contrato de donación puede ser revocado si el donatario es culpable de ingratitud grave (gross ingratitude) por haber cometido de forma intencional un daño grave (serious wrong) contra el donante.

"Por tanto, el problema que plantea el presente recurso consiste en la interpretación que debe darse al término imputare en el artículo 648.2º CC, que parece recoger sus precedentes, aunque constituye un caso aislado en el derecho comparado.

"La doctrina española ha formulado diversas interpretaciones en torno al problema que nos ocupa en este recurso: así, algunos autores entienden que basta la simple imputación; para otros, es necesaria la denuncia, pero esta tesis olvida que el art. 261.2 LECrim establece no están obligados a denunciar "los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines del delincuente y sus colaterales consanguíneos o uterinos y afines hasta el segundo grado inclusive". Finalmente, otra parte de la doctrina considera que la expresión imputare consiste en la persecución judicial efectuada por el donatario al donante y por ello, lo que genera ingratitud es la persecución del delito, no su simple imputación o denuncia.

"CUARTO. El requisito que se exige en el artículo 648. 2º CC es que el donatario impute un delito al donante. Esta es la cuestión que debe ser objeto de interpretación, porque hay que entender que la expresión imputare debe interpretarse como el hecho de descubrir el delito o personarse en el procedimiento para que el donante sea castigado y conseguir más pena que la pedida por el Ministerio Fiscal. En todos estos casos, el donatario está persiguiendo el delito cometido por el donante".

Pues bien, desde la perspectiva expuesta, la demandada sí imputó al demandante un delito, mediante la formulación de una querrela (art. 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en adelante LECr.), que no es una simple declaración de conocimiento de la comisión de un hecho delictivo, que se comunica ante una autoridad o funcionario, sino que implica una declaración de voluntad, presentada por escrito ante la autoridad jurisdiccional competente, mediante la cual se ejercita la acción penal con la adquisición de la condición de parte acusadora.

La donataria se personó, por lo tanto, en el procedimiento como acusación particular a los efectos de ejercitar la acción penal dimanante del delito; y, en este caso, con una petición de condena más grave que la postulada por el Ministerio Fiscal. Incluso, interpuso un recurso de casación con la finalidad de agotar las posibilidades del ejercicio de la acción penal, que no fue admitido a trámite por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Constatada, por lo tanto, la imputación de un delito perseguible de oficio por la donataria contra el donante, queda pendiente de analizar la cuestión relativa a si concurre la excepción a la apreciación de ingratitud constituida por la circunstancia de que el delito imputado "se hubiese cometido contra el mismo donatario"; y si tal expresión normativa exige el pronunciamiento condenatorio del donante para entender operativa la precitada causa de exclusión contemplada en el segundo inciso del art. 648.2 CP.

Con la finalidad de determinar si, en el caso que enjuiciamos, dicha excepción se encuentra debidamente justificada, partimos de las consideraciones siguientes.

En primer término, no se puede exigir a los donatarios que permanezcan impasibles cuando son víctimas o perjudicados por el delito cometido por el donante, o contra las otras personas vinculadas a las que se refiere el art. 648.2 CC. El ordenamiento jurídico no les puede exigir una conducta de tal clase para no reputarlos ingratos, ni tampoco obligarles a sufrir pasivamente las consecuencias del delito para no incurrir en causa de revocación de la donación efectuada. El acto gratuito no puede imponer un deber ético de soportar hechos delictivos. En estos supuestos, es legítimo que la donataria actúe en defensa de sus derechos, aun cuando lo haga de forma activa, constituida en parte acusadora en un proceso penal. Por otra parte, aunque la infracción penal se cometiera contra la sociedad mercantil de la que ambos litigantes son socios, a partes iguales, con respecto a la totalidad del capital (100% de las participaciones sociales), considerar a la demandada, como perjudicada por el delito, es una conclusión perfectamente racional en la exégesis del art. 648.2 del CC.

Esta condición de perjudicada por el delito, aun cuando el sujeto pasivo del ilícito criminal sea una sociedad mercantil, en función de la composición del sustrato personal de la entidad (dos únicos socios, en su momento unidos por vínculo matrimonial, titulares del 50% del capital social) fue reconocida por la sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo 94/2023, de 17 de febrero, en la que consta:

"Sí tiene razón el recurrente al denunciar que si la perjudicada era la sociedad y estaba compuesta exclusivamente por dos socios, respecto de él ha de operar un mecanismo de compensación: la mitad de esa indemnización le debe ser asignada como consecuencia de la liquidación. Por tanto la indemnización ya prefijada ha de reducirse a la mitad, debiendo

estimarse el motivo parcialmente en ese particular.

"Detrás de una persona jurídica hay personas físicas; y los intereses de una persona jurídica, al final, en último término, son intereses de personas físicas al servicio de las cuales está siempre el derecho. Hablar del interés de una persona jurídica supone siempre hablar del interés de personas físicas. No existe un interés abstracto de una persona jurídica al margen o desvinculado de toda persona física. En este caso, de dos personas físicas; y no solo una.

"En el ámbito del derecho privado se gestó la doctrina del levantamiento del velo. Constituye una modulación del carácter independiente y diferente de la de sus integrantes de la personalidad jurídica del ente moral.

"[...] Esa forma de operar -"levantamiento del velo"- es utilizable con fines favorables al reo. Y también en materia de responsabilidad civil. Aquí nos obliga a reducir la indemnización en cuanto a la cantidad desviada un 50%. Corresponde al acusado al liquidarse la Sociedad".

La demandada igualmente en su condición de víctima estaba legitimada para el ejercicio de la acción penal como acusación particular por el perjuicio patrimonial sufrido (STS 331/2023, de 10 de mayo, Sala 2.^a). En momento alguno, se le negó tal condición en el proceso penal en el que se personó como acusación particular.

Tampoco podemos prescindir del hecho constatado de que el demandante fue absuelto; no obstante, el art. 648.2 CC no exige, expresamente, la condena del donante en el procedimiento criminal para que opere la exclusión de ingratitud.

Ahora bien, tampoco puede ampararse en derecho una imputación falaz y sin

fundamento de un delito contra el donante por parte de quien ostente la condición de donataria, lo que exige efectuar un juicio prudente de ponderación de las circunstancias que concurran.

Pues bien, en este caso, dicha valoración crítica permite concluir que no nos encontramos ante una gratuita imputación de unos hechos delictivos, todo ello en virtud del siguiente conjunto argumental.

(i) Se apreciaron indicios suficientes de criminalidad para que el Juzgado de Instrucción ordenase la conversión de las diligencias previas incoadas por tales hechos en procedimiento abreviado (art. 779.1, regla 4.ª de la LECr.), y la posterior resolución judicial de apertura del juicio oral (art. 783 LECr.).

(ii) El Ministerio Fiscal, por su parte, ejercitó la acción penal y civil dimanante del delito (arts. 105 y 108 LECr.), mediante su escrito de acusación. Incluso, tras la práctica de la prueba en el plenario, en sus conclusiones definitivas, y bajo los principios de legalidad e imparcialidad que rigen su estatuto orgánico (arts. 6 y 7 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre), calificó la conducta del donante como constitutiva de un delito de apropiación indebida, que cuantificó en la cantidad de 50.000 euros.

(iii) Es importante, también, ponderar la valoración que sobre los hechos se llevó a cabo en la sentencia dictada por la audiencia provincial que, desde luego, no proclamó la inexistencia de los hechos objeto de acusación.

Lejos de ello, en su declaración de hechos probados, resulta que el donante dispuso de cantidades de las cuentas de la mercantil Oina, S.L., de la que era administrador único, mediante cinco cheques de 10.000 euros cada uno ellos, entre el 27 de junio de 2008 y el 19

de septiembre de 2008, sobre los que el Ministerio Fiscal ejercita la acción penal, así como también libró un cheque de 21.884 euros, el 12 de febrero de 2009, a favor de otra sociedad, y además realizó otras disposiciones para gastos propios, fundamentalmente en supermercados, parking, así como retiradas de dinero de cajeros, todo ello por un total de 684,85 euros, lo que determinó que las cuentas sociales quedaran con un saldo negativo de 276 euros.

(iv) La razón de la absolución deriva de que la audiencia, con el rigor que exige un fallo condenatorio penal, que implica la privación de un bien tan preciado como es la libertad, no adquirió la certeza, más allá de una duda razonable, sobre que el dinero dispuesto no fuera, pese a hallarse ingresado en cuenta abierta de la sociedad, titularidad privativa del acusado como éste sostuvo, y de otra persona física a la que abonó otra parte sustanciosa de los ingresos que nutrían las cuentas sociales superior a los ochenta mil euros.

En definitiva, no cabe negar la defensa de los derechos propios de la donataria, bajo la conminación de la pérdida de los bienes donados, como tampoco cabe amparar infundadas atribuciones de hechos delictivos. El examen de las circunstancias concurrentes dictará la regla a observar y, en este caso, consideramos que no concurre causa de revocación, por las razones expuestas, amén de que la revocación de un negocio jurídico, como es la donación, debe ser objeto de interpretación restrictiva.

Por otra parte, con respecto al otro delito de apropiación indebida, objeto de querrela por la donataria, el demandante fue condenado, por lo que concurre el supuesto del art. 648.2 CC.

La circunstancia de comunicar a la Jefatura de Tráfico que fue el demandante quien conducía el vehículo de una de las sociedades, en la creencia de que así era, no conforma causa de ingratitud. Esta sala ha señalado además que no basta una conducta que resulte sólo social o éticamente reprobable, sino que tiene que revestir o proyectar caracteres delictuales, aunque no estén formalmente declarados como tales (STS 1287/2006, de 5 diciembre).

Los delitos imputados a la donataria por el donante no constan cometidos y fueron sobreesidos los procesos penales abiertos para su investigación (STS 44/2023, de 18 de enero).

Por todo ello, el recurso de casación debe ser estimado, y, por consiguiente, con asunción de la instancia confirmada la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia.

(...)

[Ver documento](#)

SENTENCIA 1724/2023 DEL TRIBUNAL SUPREMO, CIVIL, DE 12 DE DICIEMBRE DE 2023

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Antecedentes relevantes

A los efectos decisorios del presente proceso, partimos de los antecedentes relevantes siguientes:

1º.- D. Víctor interpuso demanda contra D. Sabino, D. Santos, D. Jesús Manuel y D. Jose Enrique, al considerar vulnerado su derecho fundamental al honor, como consecuencia de unos comentarios vertidos por los demandados en la página de Facebook del club deportivo Chinijos Costa Tegui, a raíz de haber acordado el demandante, que era el

árbitro del encuentro, la suspensión de un partido de balonmano infantil de ese equipo, al no considerar seguro que alguno de los jugadores compitieran con gafas por no reputarlas aptas para la práctica deportiva.

2º.- El conocimiento de la demanda correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 3 de Arrecife de Lanzarote, que dictó sentencia condenatoria de tres de los demandados, con absolución de D. Jesús Manuel, por considerar, con respecto a este último, que el actor había renunciado a la acción ejercitada frente a él.

En la sentencia se declaró la intromisión en el honor del demandante, se ordenó la retirada de los comentarios lesivos, y se condenó al pago solidario de 18.000 euros.

3º.- La precitada sentencia fue recurrida en apelación por los tres condenados y el Ministerio Fiscal. El conocimiento del recurso correspondió a la sección quinta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que desestimó los recursos interpuestos por D. Santos y D. Sabino, y estimó el formulado por D. Jose Enrique y parcialmente el del Ministerio Fiscal.

Tal y como se recoge en la sentencia de la audiencia provincial, las publicaciones vertidas en la red social Facebook y sus autores, cronológicamente intercalados, dirigidas contra el demandante, son las siguientes en lo que, a los efectos de este recurso, interesa:

"El demandado Sabino manifestó "el problema es que esta persona está llena de frustraciones y con uniforme es un peligro para los ciudadanos a pie, jugadores y similares. Tu soberbia y falta de empatía te pasará factura, ya lo haces dentro de la policía que además le rompes la ilusión a unos niños por el mero hecho de sentirte importante (...)" "Sigue así campeón en esta vida todo se

paga". Santos, publica los siguientes comentarios: "Se ve que el pobre es un enfermito, pocas luces, deberíamos hacer campaña para reunir dinero y pagarle un médico al subnormal este. Personaje" a lo que responde Sabino "Tuvo una infancia muy jodida y después de adulto le sale todo ese odio que lleva dentro me da pena el infeliz", volviendo a intervenir Santos contestando lo siguiente: "a ese lo que le hace falta es amor...unos 21 cm".

"Prosigue la conversación con otro comentario de Sabino quien añade: "yo creo que es eso... siempre le ha faltado amor, que alguien lo quiera y los 21 cm le vendrían de maravilla"; Sabino comenta que: "como tanto se preocupa de lo ajeno y no por sus problemas, pues haremos unos castings y le seleccionaremos alguien que lo quiera y le de amor".

"Después el codemandado absuelto -pronunciamento no recurrido- Jesús Manuel se suma a la conversación para añadir ... "coño, yo pensaba que se lucía en el arbitraje nada mas pero veo que lo lleva también al ámbito laboral, chiquito campeón y es verdad que le gusta mucho eso de aquí mando yo jajaja cuando no manda ni en la casa" lo que provocó la intervención de Sabino quien publicó "La verdad es que es un pobre desgraciado con uniforme, que el único argumento que tiene es "aquí mando yo" y no hay más, pero bueno va sumando amigos con su soberbia y prepotencia en la vida todo se paga".

"Sigue la conversación con la intervención de Jesús Manuel quien publica la siguiente afirmación "Tarde o temprano amigo todo se paga".

El tribunal provincial fue rechazando, una por una, las alegaciones impugnatorias de los recurrentes, relativas a negar ser autores de

los comentarios, con el argumento de que las capturas de pantalla presentadas por el demandante pudieron haber sido manipuladas por éste, o ser consecuencia de una suplantación de las cuentas de Facebook de los recurrentes; así como, también, rechazó la alegación de la falta de identificación del demandante en las expresiones proferidas.

Y concluye que los comentarios efectuados son palmariamente injuriosos, trascienden de la crítica arbitral, y se adentran en la profesión del demandante como policía local, así como inciden en aspectos muy personales, con referencias inadmisibles a su infancia o a su inclinación sexual. Las expresiones proferidas lesionan la dignidad del demandante y, además, dada la gran difusión de los comentarios en la red social con algunos realizados desde Alicante, Asturias y Perú.

Respecto a la indemnización, la sentencia valora la repercusión en la credibilidad profesional del actor como policía local, en su desempeño arbitral, que ya no lleva a cabo tras las publicaciones, y la gran difusión de los comentarios en la red social Facebook. También a que los dos codemandados han contribuido, en igual modo, con sus comentarios al desprestigio del actor, generando un clima de sospecha de la profesionalidad del demandante en su trabajo como policía y como árbitro, y la exposición infundada y maliciosa de aspectos de su estricta personalidad.

Por ello, entiende ajustada la cantidad fijada por el Juzgado, en atención a las circunstancias analizadas, si bien disminuyéndola, proporcionalmente, en atención a que las expresiones del codemandado absuelto no han engrosado el cúmulo de descalificaciones deshonorosas hacia el demandante.

4º.- Contra dicha sentencia se interpuso por los codemandados recursos extraordinarios por infracción procesal y casación.

Al evacuar el traslado conferido, el Ministerio Fiscal solicitó la desestimación de los recursos interpuestos.

El Fiscal, tras descartar la lesión del derecho fundamental del art. 24.1 CE, sobre el canon de racionalidad exigible en la valoración de la prueba, abordó conjuntamente los motivos primero y tercero del recurso de casación, y con cita de las sentencias de esta sala 139/2021, de 11 de marzo, 537/2022 de 11 de marzo y 747/2022, de 3 de noviembre, señaló que el derecho a la libertad de expresión no comprende, en su marco tuitivo, un supuesto derecho al insulto y a la descalificación personal.

Las expresiones vertidas no representan, por su contenido, un interés digno de protección, obedecen, por el contrario, a un simple ánimo de zaherir al demandante, debido a las malas relaciones previas entre ellos. Los comentarios de los demandados no se limitan a criticar la actuación del demandante como árbitro, sino que se extienden a cuestiones profesionales y personales totalmente ajenas a los hechos, que se estaban comentado en la página web, con utilización de expresiones gratuitas y gravemente insultantes, sin que nada aportaran de interés a la verdadera cuestión que se debatía, que no era otra que la legalidad y oportunidad de la decisión arbitral adoptada.

Por otra parte, con cita de la sentencia 47/2022 de 31 de enero y, con respecto a la identificación de demandante, se razonó que, desde el momento que se estaba tratando de la actuación del árbitro de un partido concreto, el demandante, afectado por los comentarios vejatorios, estaba plenamente identificado por todos los participantes del

grupo, y, por si no fuera eso suficiente, los demandados añadieron que se trataba de un policía local, con lo que, en cualquier caso, quedó plenamente individualizado al menos en sus círculos profesionales, sociales y familiares más cercanos.

También, se opuso a la impugnación de la indemnización fijada, al hallarse ésta en el marco de las facultades discrecionales de los tribunales de instancia, y encontrarse debidamente motivada, sin lesión del principio de proporcionalidad.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- Motivo único del recurso

2.1 Formulación y desarrollo del motivo

El recurso se interpuso al amparo del art. 469.1.4.º LEC, por vulneración del derecho a la tutela judicial (art. 24 Constitución), con infracción del artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en base al error patente en la valoración de la prueba en el que ha incurrido la sentencia recurrida, que se refleja en la presunción judicial que realiza, por cuanto, en base a un hecho probado no discutido, extrae unas consecuencias arbitrarias, ilógicas e irrazonables, de manera que se considera demostrado por el juez de primera instancia, ratificado por la audiencia, que los recurrentes, en sus perfiles de Facebook, efectuaron los comentarios que, en ambas instancias, se han considerado atentatorios al derecho al honor del demandante, en base a una valoración claramente arbitraria de las pruebas periciales contradictorias aportadas por las partes por una interpretación errónea de la capacidad de ambos peritos para pronunciarse al respecto, y a una supuesta admisión por parte de los recurrentes de que esos comentarios se reprodujeron en sus perfiles de Facebook y que fueron hechos por los mismos.

2.2 Desestimación del motivo

La valoración probatoria es una actividad que corresponde a los tribunales de primera y segunda instancia, y, por lo tanto, es ajena a los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación. La técnica casacional exige respetar los hechos y la valoración probatoria de la audiencia, sin que constituya una tercera instancia (sentencias 365/2020, de 29 de junio, 476/2020, de 21 de septiembre; 83/2021, de 16 de febrero; 141/2021, de 15 de marzo, entre otras muchas).

Tampoco es posible instar que se lleve a efecto una nueva valoración de la prueba a través del recurso extraordinario por infracción procesal; toda vez que no figura el error en la valoración de la prueba dentro de los motivos tasados contemplados en el art. 469.1 de la LEC, lo que pone de manifiesto, de nuevo, que el legislador reservó dicha valoración a los tribunales de instancia (sentencias 626/2012, de 11 de octubre; 263/2016, de 20 de abril; 615/2016, de 10 de octubre o 141/2021, de 15 de marzo, entre otras muchas).

Sólo de forma excepcional se admite la revisión de la valoración probatoria del tribunal sentenciador por la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de alguna prueba, o bien por la concreta infracción de una norma tasada de valoración de prueba, siempre que, por resultar manifiestamente arbitraria o ilógica, la valoración de esa determinada prueba no supere, conforme a la doctrina constitucional, el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución (sentencias 88/2019, de 13 de febrero; 132/2019, de 5 de marzo; 847/2022, de 28 de noviembre y 217/2023, de 13 de febrero, entre otras muchas).

Los recurrentes consideran que la sentencia de la audiencia ha infringido el art. 386 de la LEC, relativo a las presunciones judiciales, también denominadas presunciones homini. No podemos aceptar dicho argumento impugnativo.

La nueva LEC 1/2000 contiene importantes novedades con respecto al régimen jurídico de las presunciones. En primer término, deroga los preceptos del Código Civil (arts. 1249 a 1253), que las regulaba dentro "de la prueba de las obligaciones" (disposición derogatoria única 2.1.^º), para incluirlas, ahora, en los arts. 385 y 386 del nuevo texto legal; por otra parte, las contrapone a los medios de prueba, al considerarlas como dos entidades jurídicas con sustantividad propia; y así mientras que, en la derogada regulación del Código Civil, se establecían las presunciones en la relación de medios de prueba que se hacía en el art. 1215 de dicha disposición general, en la actualidad desaparecen de la enumeración del art. 299 LEC y, además, el capítulo VI del Título I del Libro II de la nueva ley lleva el epígrafe de "los medios de prueba y las presunciones", con lo que se afirma que se trata de dos conceptos distintos.

De esta forma se ha expresado la jurisprudencia cuando proclama que las presunciones no son un medio de prueba sino, como dice la mejor doctrina, un "proceso pensante" (SSTS 653/2022, de 11 de octubre y 987/2023, de 20 de junio).

Y, en la sentencia 418/2023, de 28 de marzo, proclamamos que las infracciones de las normas concernientes a las presunciones:

"[...] solo pueden producirse en los casos en que se ha propuesto esta forma de acreditación de hechos en la instancia o ha sido utilizada por el juzgador, o cuando este ha omitido de forma ilógica la relación

existente entre los hechos base que declara probados y las consecuencias obtenidas".

En este sentido, en la sentencia 474/2001, de 16 de mayo, declaramos que no cabe reputar infringido el art. 1253 del Código Civil - antecedente normativo del art. 386 LEC- "por la potísima razón de que en la instancia no se utilizó la prueba de presunciones", con cita de las sentencias de 6 de octubre de 1992 y 22 de febrero de 1998.

En este caso, los recurrentes sostienen que se vulneró el art. 386 de la LEC, pero este precepto se refiere a las presunciones judiciales, y la sentencia de la audiencia no construye su argumentación con fundamento en el juicio presuntivo, consistente en deducir de unos hechos base otros consecuencia, al existir entre éstos y aquéllos un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, sino que deduce que los demandantes son los autores de los comentarios litigiosos mediante la valoración de las pruebas periciales practicadas, conforme a los postulados de la sana crítica (art. 348 LEC), con atribución de mayor credibilidad, por su especialidad y contenido de sus conclusiones, al dictamen elaborado por el ingeniero informático propuesto por la demandante con respeto al otro informe del ingeniero técnico de telecomunicaciones presentado por los demandados, conjugados con la declaración de parte. En modo alguno, dicha valoración es irracional, ilógica o arbitraria, ni se cita como vulnerado el art. 348 LEC,

Por su parte, la sentencia 807/2006, de 20 de julio, señala, al interpretar el art. 1253 del CC, antecedente normativo del art. 386 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, en jurisprudencia perfectamente extrapolable al presente caso que:

"[...] b) No se infringe el art. 1.253 CC cuando la resolución recurrida no emplea la prueba de

presunciones (SS. 24 de mayo de 2.004; 27 de julio, 28 de septiembre y 20 de octubre de 2.005; 16 de enero y 6 de febrero de 2.006); c) No cabe exigir la aplicación de presunciones cuando no se propusieron por las partes ni se discutió en el proceso (SS. 28 de septiembre y 11 de octubre de 2.005 y 16 de febrero de 2.006), y no es posible acudir al art. 1.253 CC si la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida se funda en la valoración conjunta de la prueba (SS. 26 de diciembre de 1.995 y 11 de octubre de 2.005); d) No pueden confundirse las conclusiones que el juzgador obtiene mediante su actividad intelectual de apreciación y valoración de las pruebas con el proceso deductivo que constituye la esencia de la presunción (SS. 27 de diciembre de 1.999; 2 de abril, 24 de mayo, 5 y 6 de julio de 2.004, 19 de diciembre de 2.005; 16 de marzo de 2.006); y e) No constituyen presunciones las deducciones o inferencias lógicas, basadas en la experiencia, que posibilitan juicios hipotéticos, obtenidos de hechos o circunstancias concluyentes que llevan a conclusiones razonables en el orden normal de las cosas (SS. 5 de julio de 2.004 y 19 de diciembre de 2.005 y cita)".

Por otra parte, la valoración arbitraria no se identifica con una antagónica apreciación de la prueba practicada, y, por lo tanto, no cabe incurrir en el exceso de considerar vulneradas disposiciones sobre la prueba, cuya valoración ha de hacerse conforme a las reglas de la sana crítica, por el mero hecho de que la parte recurrente llegue a conclusiones distintas de las alcanzadas por el tribunal provincial (sentencias 789/2009, de 11 de diciembre; 541/2019, de 16 de octubre y 141/2021, de 15 de marzo); puesto que no podemos identificar valoración arbitraria e irracional de la prueba con la obtención de unas conclusiones fácticas distintas a las sostenidas por quien discrepa del ejercicio de tan esencial función de la jurisdicción.

Por todo ello, no se puede aceptar este motivo del recurso a través del cual se pretende sustituir la función valorativa de la prueba, que corresponde a la audiencia provincial, atribuyéndola al tribunal de casación.

Recurso de casación

TERCERO.- Motivos del recurso de casación: examen de los motivos primero y tercero

Abordaremos conjuntamente los motivos primero y tercero, al coincidir su contenido impugnatorio.

El primero de ellos, se interpone al amparo del art. 477.2.1.º LEC, por vulneración del artículo 20.1 a) y d), en relación con el artículo 18.1, todos ellos de la CE, al declarar explícitamente que los hechos enjuiciados constituyen un ataque al derecho al honor del demandante, cuando tal intromisión queda excluida por razón del derecho constitucional a la libertad de expresión e información.

El tercero, en virtud de lo dispuesto en el art. 477.2.3.º LEC, por interés casacional, por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y, en concreto, la emanada de las Sentencias de su Sala Primera, entre otras, SSTs de 429/2020, de 15 de julio y 693/2020, de 28 de diciembre.

Los recursos interpuestos tienen acceso a casación al amparo del art. 477.2.1.º LEC, por infracción de la tutela civil de los derechos fundamentales, y no por interés casacional (art. 477.2.3.º LEC), sin perjuicio de que la cita de la jurisprudencia sirva de apoyo a los motivos del recurso.

El honor es un derecho fundamental, íntimamente enraizado con la dignidad de las personas, que constituye un atributo que corresponde a todos los seres humanos (STs 910/2023, de 8 de junio).

El art. 7.7 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, establece que constituye intromisión ilegítima en tal derecho fundamental:

"La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación".

Esta sala ha manifestado, de forma reiterada, que el derecho al honor protege frente a atentados en la reputación personal, entendida ésta como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, e impide la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente su descrédito (SSTS 193/2022, de 7 de marzo y 488/2023, de 17 de abril).

Con insistencia en tales ideas, se expresa la sentencia 8/2023, de 11 de enero, cuando señala con respecto al honor:

"[...] doctrinalmente se ha definido como dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona (por todas, sentencia 564/2021, de 26 de julio). Por su parte, la doctrina constitucional ha declarado que el honor constituye un concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento (SSTC 180/1999, de 11 de octubre; 52/2002, de 25 de febrero; y 51/2008, de 14 de abril); que el contenido del derecho al honor es lábil y fluido, cambiante (STC 176/1995, de 11 de diciembre); que este derecho protege frente a atentados en la reputación personal entendida como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, independientemente de sus

deseos (STC 14/2003, de 28 de enero), impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de aquella (STC 216/2006, de 3 de julio); y que el denominador común de todos los ataques o intromisiones legítimas en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena (art. 7.7 LOPDH) como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueren tenidas en el concepto público por afrentosas".

Los demandados son titulares del derecho a la libertad de expresión que no solo protege las ideas inofensivas o indiferentes, sino también las que hieren, ofenden o importunan, dado que así lo requiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe ninguna sociedad democrática (SSTS 273/2019, de 21 de mayo, 471/2020, de 16 de septiembre; 670/2022, de 17 de octubre; 1034/2022, de 23 de diciembre y 177/2023, de 6 de febrero, en el mismo sentido SSTEDH de 20 de noviembre de 2018, Toranzo Gómez c. España y 13 de marzo de 2018, Stern Taulats y Roura Capellera c. España).

Ahora bien, la libertad de expresión no es un derecho absoluto, que proteja, de manera ilimitada, cualquier manifestación del pensamiento, idea u opinión, sino que esta libertad tiene su límite en el respeto a los derechos de los demás, entre los que se encuentra el derecho fundamental al honor (arts. 18.1 y 20.4 CE), lo que exige, cuando colisionen entre sí, llevar a efecto un juicio de ponderación circunstancial de prevalencia.

Son, entonces, elementos para valorar, los reflejados en una constante línea jurisprudencial de la que son expresión las sentencias 290/2020, de 11 de junio; 429/2020, de 15 de julio; 471/2020, de 16 de septiembre; 400/2021, de 14 de junio;

670/2022, de 17 de octubre, 177/2023, de 6 de febrero y 910/2023, de 8 de junio, entre otras muchas, en las que se considera que se sobrepasan los límites tolerables de la libertad de expresión y se atenta contra el derecho al honor:

(i) Cuando las opiniones o juicios de valor no versan sobre una cuestión de interés social o no gozan de una base fáctica suficiente.

(ii) Se manifiesten a través de frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, innecesarias a este propósito.

(iii) En cualquier caso, las expresiones han de ser objetivamente injuriosas, tenidas en el concepto público como afrentosas, con el consiguiente descrédito o menosprecio para el demandante; puesto que la libertad de expresión no implica un derecho al insulto.

Desde esta perspectiva, la jurisprudencia ha resuelto que prima el derecho al honor cuando se emplean frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y, por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el artículo 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con la norma fundamental (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre, F. 2; 134/1999, de 15 de julio, F. 3; 6/2000, de 17 de enero, F. 5; 11/2000, de 17 de enero, F. 7; 110/2000, de 5 de mayo, F. 8; 297/2000, de 11 de diciembre, F. 7; 49/2001, de 26 de febrero, F. 5; y 148/2001, de 15 de octubre, F. 4, así como SSTS 233/2013, de 25 marzo; 51/2020, 22 de enero).

Más recientemente, la STC 93/2021, de 10 de mayo (FJ 4), señala al respecto:

"[...] no cabe utilizar, en ejercicio del derecho a la libertad de expresión constitucionalmente

protegida, expresiones formalmente injuriosas (SSTC 107/1988, de 8 de junio, FJ 4; 105/1990, de 6 de junio, FJ 8; 200/1998, de 14 de octubre, FJ 5, y 192/1999, de 25 de octubre, FJ 3). Esta exigencia de necesidad de la expresión o manifestación utilizada, determina que no se puedan justificar las expresiones de carácter absolutamente vejatorias (SSTC 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4; 174/2006, de 5 de junio, FJ 4, y 9/2007, de 15 de enero, FJ 4); es decir, quedan proscritas "aquellas que, dadas las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate" (STC 41/2011, de 11 de abril, FJ 5, y jurisprudencia allí citada), pues estas difícilmente podrían quedar amparadas por el derecho a la libertad de expresión al ser la dignidad de la persona fundamento mismo del orden político y la paz social (art. 10.1 CE) y piedra angular sobre la que se vertebra el sistema de los derechos y deberes fundamentales, y también, por tanto, de la libertad de expresión que la recurrente vindica".

Pues bien, los recurrentes no se limitaron a criticar la suspensión del partido de balonmano llevada a efecto por el demandante, en su condición de árbitro, sino que se dedicaron a descalificarlo en su esfera personal y también profesional como policía local, de forma absolutamente desproporcionada, por el significado objetivo de las frases proferidas y por la ausencia de vinculación con respecto a su actuación arbitral, en la que tampoco, además, tiene que soportar comentarios notoriamente vejatorios.

Los demandados han sobrepasado con creces los límites de la libertad de expresión, sin que

se produzca colisión alguna con respecto a la libertad de información.

Los comentarios de Sabino relativos al demandante tales como "persona llena de frustraciones, y con uniforme es un peligro para los ciudadanos", soberbio, falta de empatía, "tuvo una infancia muy jodida y después de adulto le sale todo ese odio que lleva dentro, me da pena el infeliz", "yo creo que es eso... siempre le ha faltado amor, que alguien lo quiera y los 21 cm le vendrían de maravilla". "La verdad es que es un pobre desgraciado con uniforme, que el único argumento que tiene es "aquí mando yo" y no hay más, pero bueno va sumando amigos con su soberbia y prepotencia en la vida todo se paga".

O las empleadas por Santos: "el pobre es un enfermito, pocas luces, deberíamos hacer campaña para reunir dinero y pagarle un médico al subnormal este", "a ese lo que le hace falta es amor...unos 21 cm".

Estas expresiones sobrepasan los límites de la libertad de expresión para atentar frontalmente contra el honor del demandante y su dignidad como persona, por lo que, en el contexto indicado, los recursos interpuestos no deben ser estimados por todo el conjunto argumental expuesto.

Señalar, por último, que la identificación del destinatario de las ofensas no requiere su designación con nombres y apellidos, cuando aquella resulte posible, siquiera para las personas de su círculo más próximo, por las referencias indirectas o las circunstancias concurrentes (SSTS 47/2022, de 31 de enero y 910/2023, de 8 de junio entre otras), y, en este caso, los comentarios realizados, tales como su condición de árbitro de un concreto partido y la de su profesión de policía local, permiten la individualización personal del demandante.

CUARTO.- Examen del segundo de los motivos de casación

El segundo motivo, se interpone con fundamento en el art. 477.2.3.º LEC, por interés casacional, se denuncia la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y, en concreto, la emanada de las Sentencias de su Sala Primera, 592/2021, de nueve de septiembre, y las citadas en ésta.

Se considera que se estableció una indemnización desproporcionada. No habiéndose acreditado daños objetivos ni morales.

Valdría para rechazar este motivo del recurso, la falta de indicación de la infracción cometida, porque el recurso de casación exige precisar qué concreta norma de derecho material o sustantiva se considera vulnerada por la sentencia de la audiencia, lo que, en este caso, brilla por su ausencia, sin que nos hallemos tampoco ante un supuesto de interés casacional, sino que la vía del recurso de casación se encuentra el art. 477.2.1.º LEC.

Por otra parte, es consolidada doctrina de este tribunal, declarada en las SSTs 388/2018, de 21 de junio; 641/2019, de 26 de noviembre y 910/2023, de 8 de junio, que:

"[...] dada la presunción iuris et de iure, esto es, no susceptible de prueba en contrario, de existencia de perjuicio indemnizable, el hecho de que la valoración del daño moral no pueda obtenerse de una prueba objetiva no excusa ni imposibilita legalmente a los tribunales para fijar su cuantificación, a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso (sentencias de esta sala núm. 964/2000, de 19 de octubre, y núm. 12/2014, de 22 de enero)".

Se trata, por tanto, de una valoración estimativa que, en el caso de daños morales

derivados de la vulneración de un derecho fundamental del art. 18.1 de la Constitución, ha de atender a los parámetros previstos en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de acuerdo con la incidencia que, en cada caso, tengan las circunstancias relevantes para la aplicación de tales parámetros, utilizando criterios de prudente arbitrio (SSTS 261/2017, de 26 de abril, 604/2018, de 6 de noviembre y 130/2020, de 27 de febrero).

Ahora bien, bajo la premisa, en todo caso, de que no son admisibles las indemnizaciones de carácter meramente simbólico, pues al tratarse de derechos protegidos por la CE, como derechos reales y efectivos, determinan la exigencia de una reparación acorde con el relieve de los valores e intereses en juego vulnerados (STC 186/2001, FJ 8 y SSTs 386/2011, de 12 de diciembre, 4 de diciembre 2014, rec. n.º 810/2013 y 130/2020, de 27 de febrero).

También, esta sala se ha pronunciado en el sentido de que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños morales, en este tipo de procedimientos, es competencia de los tribunales de instancia, cuya decisión al respecto ha de respetarse en casación, salvo que no se hubiera atendido a los criterios que establece el art. 9.3 LODH o en caso de error notorio, arbitrariedad o notoria desproporción (SSTS 747/2022, de 3 de noviembre, y 485/2023, de 17 de abril).

Las sentencias recurridas aprecian el contenido objetivo y grave de las imputaciones efectuadas, que no solo afectan al ámbito deportivo, sino que trascienden también al profesional del demandante, así como a aspectos de su infancia y vida privada, con el correlativo daño moral que suponen, las repercusiones que le generaron, así como su difusión en las redes sociales.

En definitiva, no concurren motivos para dejar sin efecto las facultades valorativas de los tribunales de instancia conforme a la jurisprudencia citada.

(...)

[Ver documento](#)

SENTENCIA 1730/2023 DEL TRIBUNAL SUPREMO, CIVIL, DE 14 DE DICIEMBRE DE 2023

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

i) El 2 de octubre de 2002, se constituyó la UTE Santa Brígida, por las sociedades FCC Construcción, S.A., Saramema, S.L., Cura Rivera, S.L. y Estacionamientos y Servicios, S.A., con una participación del 25% cada una de ellas.

ii) El 9 de febrero de 2009, el Comité de Gerencia de la UTE acordó la expulsión de Saramema, S.L. y Cura Rivera, S.L.

iii) FCC Construcción, S.A. y UTE Santa Brígida interpusieron una demanda frente a Saramema, S.L. y Cura Rivera, S.L., que se tramitó en el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Las Palmas de Gran Canaria, con el número de referencia juicio ordinario 311/2009. En esta demanda se alegaba que las demandadas adeudaban al fondo de la UTE, por falta de aportaciones, algo más de dos millones de euros y se pedía que el juzgado declarara que las demandadas estaban obligadas a pagar esas cantidades, más los intereses, y que se reconociera el derecho de FCC Construcción a aplicar el

procedimiento del art. 13.3 c) de los Estatutos (para exigirles judicialmente el cumplimiento de las obligaciones con reestructuración del comité de gerencia, ceses de los cargos nombrados por Saramema, S.L. y Cura Rivera, S.L. y aplicar la sanción del art. 24.3 de los estatutos excluyéndoles de toda participación futura).

En ese procedimiento, las dos demandadas (Saramema, S.L. y Cura Rivera, S.L.), mediante reconvencción, pidieron que se declarara inexistente o nulo el acuerdo del Comité de Gerencia de la UTE de 9 de febrero de 2009 y de algunos preceptos de los Estatutos, entre los que se encontraba el art. 24.3.

El juzgado de primera instancia dictó sentencia el 26 de abril de 2011, confirmada más tarde por la Audiencia Provincial de Las Palmas mediante sentencia de 22 de mayo de 2013, que: i) desestimó la demanda principal ejercitada frente a Saramema, S.L. y Cura Rivera, S.L., porque no habían incumplido sus obligaciones, en cuanto que las peticiones de fondos no habían sido acordadas en la forma pactada en los estatutos; y ii) desestimó las reconvencciones, en las que se pedía la nulidad o inexistencia del acuerdo del Comité de Gerencia de la UTE de 9 de febrero de 2009.

iv) El 29 de diciembre de 2011, FCC Construcción, S.A. adquirió la participación que Estacionamientos y Servicios, S.A. tenía en la UTE.

v) El 5 de mayo de 2015, alguien en representación de FCC Construcción, S.A. vendió su participación en la UTE a Gestión Canaria de Espacios Comerciales, S.L., por un precio de 10.000.000 euros, siempre y cuando quien vendía tuviera el 100% de la UTE, pues si la participación era menor, el precio debía reducirse proporcionalmente.

Y más tarde, FCC Construcción, S.A. instó un juicio declarativo para que se declarara la

nulidad de esta venta (juicio ordinario 256/2018, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Las Palmas de Gran Canaria).

Paralelamente, Gestión Canaria de Espacios Comerciales, S.L. consignó el precio de la compra, que no era el que se correspondería con el 100% de la UTE, y la Audiencia Provincial de Las Palmas, en un auto de 28 de junio de 2019 declaró que la consignación estaba mal hecha, porque no había quedado acreditado que FCC Construcción (vendedora) no fuera la titular del 100% de la UTE. Este auto contenía esta argumentación:

"... de la prueba practicada no ha quedado probado que FCC no fuera la titular del 100% de las participaciones en la UTE SB integrando las participaciones que en un 25% pertenecían, respectivamente, a Saramema SL y Cura Riviera SL.... por esta Audiencia se resolvió en firme lo acordado en el Juicio ordinario n.º 311/2009 rechazando la solicitud de nulidad del acuerdo expulsión, sino precisamente por el resultado de dicho procedimiento en el que se desestimó la impugnación efectuada por dichas entidades en relación al acuerdo de expulsión, rechazándose así la pretensión ejercitada reconventionalmente por la mercantil Saramema SA (apartado C) que pretendía que "se deje sin efecto, por ser contrario a derecho, el acuerdo del Comité de Gerencia de 9 de febrero de 2009, y en consecuencia se reponga a Saramema SA, como miembro de la UTE SANTA BRÍGIDA, con plenitud de derechos, con efectos retroactivos a la fecha de 9 de febrero de 2009" así como el apartado C) de la reconvenición de Cura Riviera SL que pretendía la declaración de que tal entidad "forma parte como miembro de pleno derecho de la UTE SANTA BRÍGIDA ... por ser inexistentes los acuerdos adoptados por FCC CONSTRUCCIÓN SA y por EYSSA ...

"Además, resulta contrario a los propios actos que la entidad consignadora se haya constituido de facto en la única partícipe (socio único) de la UTE SB designado a incluso a nuevo gerente y asumiendo pagos (entre ellos el que pretende compensar del precio del contrato en importe de 1.919.769,99 €) cuando, sin embargo, ahora - a la hora de consignar el precio - entiende que no es la única partícipe y pretende reducirlo proporcionalmente.

"En suma, no declarada la nulidad del acuerdo de expulsión y no constando por otros medios bastantes que en la actualidad aquellas entidades formen parte efectiva de la UTE SANTA BRIGIDA ha de entenderse, que no procede declarar bien hecha la consignación habiéndose negado "con razón" la parte contraria a su aceptación".

vi) El 9 de octubre de 2017, Saramema, S.L. y Cura Rivera, S.L. vendieron, en escritura pública, sus participaciones en la UTE a favor de Gestión Canaria de Espacios Comerciales, S.L.

2. La demanda que inicia este procedimiento, interpuesta por FCC Construcción, S.L. contra Saramema, S.L., Cura Rivera, S.L. y Gestión Canaria de Espacios Comerciales, S.L., pedía lo siguiente: i) que se declarase que la demandante era titular del 100% de la UTE Santa Brígida; y ii) que se condenara a las demandadas a estar por esta declaración y a abstenerse de poner en entredicho este dominio, sin perjuicio de cómo se resolviera definitivamente el anterior juicio en el que se había pedido la nulidad de la venta de la participación en la UTE de FCC Construcción (escritura de 5 de mayo de 2015). Consiguientemente, también pedía la nulidad por falta de objeto de la compraventa de 9 de octubre de 2017, por la que Saramema, S.L. y Cura Rivera, S.L. vendían a Gestión Canaria de Espacios Comerciales, S.L. su participación en

la UTE. Y, subsidiariamente, pedía la nulidad por causa ilícita de estas dos escrituras de compraventa de 9 de octubre de 2017.

3. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Entendió que había que estar a lo resuelto en la sentencia firme de 26 de abril de 2011 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Las Palmas de Gran Canaria, confirmada por la Audiencia Provincial, que no ratificó el acuerdo del Comité de la UTE de fecha 9 de febrero de 2009 de expulsión de Saramema, S.L. y Cura Rivera, S.L., al no apreciar que hubieran incumplido la obligación de realizar aportaciones al fondo de la UTE, ya que el acuerdo en que se solicitaban las aportaciones al fondo no se había adoptado conforme a lo previsto en los Estatutos. Consiguientemente, entendió que la desestimación de la demanda principal de aquel proceso ordinario implicaba que las dos entidades no habían incurrido en mora y que no se podían aplicar los efectos del art. 13.3.a) de los estatutos, efectos entre lo que, en todo caso, no se podría incluir la expulsión de las sociedades de la UTE.

Y, consiguientemente, como la demandante no era titular de la totalidad de las particiones de la UTE, desestimó todas las pretensiones de la demanda, también la que afectaba a la nulidad de las compraventas de las participaciones en la UTE de Saramema, S.L. y Cura Rivera, S.L. a favor de Gestión Canaria de Espacios Comerciales, S.L.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por FCC Construcción, S.L. y la Audiencia desestima el recurso.

En lo que ahora interesa para la resolución del recurso extraordinario por infracción procesal, la Audiencia razona lo siguiente:

"Es cierto que los fundamentos de derecho 8º y 9º de la sentencia firme de 26 de abril de 2011 son los únicos que mencionan el acuerdo

del Comité de Gerencia de 9 de febrero de 2009, fundamentos dedicados al examen de las demandas reconventionales que interpusieron las mercantiles SARAMEMA, S.L. y CURA RIVIERA, S.L. Sin embargo, el hecho de que en dichos fundamentos se desestime la petición de nulidad de dicho acuerdo no supone necesariamente su ratificación, tal y como ha venido defendiendo la apelante en este proceso, pues ello supondría una interpretación sesgada de la sentencia firme dictada en el anterior procedimiento y entraría en clara contradicción con los razonamientos anteriores de la misma resolución que, como se ha visto, rechazaron la existencia de incumplimiento de dichas entidades y, por tanto, la posibilidad de aplicar los efectos del art. 13.3.a) de los estatutos. Por ello, aunque la reconvencción fue desestimada, no puede interpretarse la sentencia en los términos que pretende la apelante pues la desestimación de la pretensión de nulidad no se adoptó por entender el juzgador de ese momento que concurrían los presupuestos de dicho precepto estatutario o tras razonar que la decisión del Comité era correcta pues, como decíamos, entraría en clara contradicción con los argumentos anteriores de la propia resolución.

"Por ello consideramos que, como hizo la sentencia aquí apelada, debe interpretarse en su conjunto los razonamientos de la sentencia de 26 de abril de 2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 entendiendo que con la desestimación de la demanda principal se obtuvo, en rigor, los mismos efectos perseguidos por las reconvinientes; es decir, la desestimación de la demanda suponía implícitamente la nulidad del acuerdo del Comité de Gerencia de 9 de febrero de 2009 por cuanto que el mismo no era sino la materialización de las pretensiones que FCC pretendía con su demanda principal. Y esta

circunstancia haría comprensible que, como sostienen las apeladas en su escrito de oposición al recurso, decidieran en su momento no recurrir aquella sentencia.

"Por todo ello entendemos que la sentencia aquí apelada no confunde el acuerdo de Comité de Gerencia de fecha 9 de febrero de 2009 con el acuerdo del Comité de Gerencia de la UTE de fecha 28 de septiembre de 2005 ni infringe el art. 222 LEC ni incurre en incongruencia omisiva al no resolver sobre los efectos de la cosa juzgada de la sentencia de 26 de abril de 2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 en cuanto desestimó las demandas reconventionales que dedujeron SARAMEMA, S.L. y CURA RIVIERA, S.L. La sentencia apelada ha resuelto vinculado por lo resuelto en ese anterior procedimiento al entender que la desestimación de la demanda que interpuso FCC supuso que SARAMEMA, S.L. y CURA RIVIERA, S.L. no habían incurrido en mora porque no existía acuerdo válido de petición de fondos y que, por tanto, no podía aplicarse los efectos del art. 13.3. a) de los Estatutos, efectos que eran los que se habían adoptado por el acuerdo del Comité de Gerencia de fecha 9 de febrero de 2009 de modo que, en una interpretación conjunta de la resolución, la sentencia no validaba el referido acuerdo".

5. Frente a la sentencia de apelación, FCC Construcción, S.L. interpone recurso extraordinario por infracción procesal basado en dos motivos.

SEGUNDO. Motivos primero y segundo del recurso extraordinario por infracción procesal

1. Formulación de los motivos. Ambos motivos se formulan al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia.

1.1. El motivo primero denuncia la infracción del art. 222.4 LEC, por vulneración del efecto

prejudicial o positivo que supone la necesidad de partir de lo ya juzgado en el proceso anterior. La sentencia recurrida vulnera el efecto prejudicial o de cosa juzgada material en sentido positivo de la sentencia firme del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Las Palmas de 26 de abril de 2011 (juicio ordinario 311/2009), porque al resolver no parte de lo resuelto en esta sentencia. Esta sentencia desestimó las demandas reconventionales formuladas por Saramema, S.L. y Cura Rivera, S.L., en las que pedían que se dejara sin efecto, por ser contrario a Derecho, el acuerdo del Comité de Gerencia de la UTE de 9 de febrero de 2009 y, en consecuencia, que se repusiera a Saramema, S.L. y Cura Rivera, S.L. como miembros de la UTE.

1.2. El motivo segundo denuncia la infracción del art. 222.2 LEC, que regula el efecto de cosa juzgada material en sentido negativo, porque la sentencia recurrida no extiende estos efectos de la sentencia firme del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Las Palmas de 26 de abril de 2011 (juicio ordinario 311/2009) a las pretensiones de la reconvencción, que fueron expresamente desestimadas.

Ambos motivos están muy relacionados y merecen una respuesta conjunta.

2. Resolución del tribunal. Procede desestimar los dos motivos por las razones que exponemos a continuación.

Conforme a la jurisprudencia de esta sala, contenida entre otras en las sentencias 169/2014, de 8 de abril, y 5/2020, de 8 de enero, "la cosa juzgada material es el efecto externo que una resolución judicial firme tiene sobre los restantes órganos jurisdiccionales o sobre el mismo tribunal en un procedimiento distinto, consistente en una vinculación negativa y positiva, regulado en el art. 222 LEC. La vinculación negativa impide un nuevo proceso sobre el mismo objeto ya

juzgado y conforme a la vinculación positiva, lo resuelto en el primero debe tenerse encuentra en el segundo cuando sea un antecedente lógico de lo que sea su objeto".

Los efectos de cosa juzgada material que se dicen han sido obviados por la sentencia recurrida son los que habría generado la sentencia firme del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Las Palmas de 26 de abril de 2011 (juicio ordinario 311/2009), ratificada luego por la Audiencia.

Analizaremos en primer lugar el efecto de cosa juzgada material en sentido negativo de esa sentencia, que excluye, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo (art. 222.1 LEC) y que afecta a las partes del proceso en que se dictó y a sus herederos y causahabientes (art. 222.3 LEC).

Esto es: "la cosa juzgada material exige una plena identidad de los procedimientos en cuanto a los sujetos, las cosas en litigio y la causa de pedir", sin perjuicio de que también haya cosa juzgada material "cuando lo resuelto en la sentencia del proceso anterior es preclusivo respecto al proceso posterior, conforme a lo previsto en el artículo 400.2 LEC" (sentencia 5/2020, de 8 de enero).

3. La sentencia firme que resolvió el juicio ordinario 311/2009 desestimó tanto la demanda formulada por FCC Construcción contra Saramema, S.L. y Cura Rivera, S.L., como las dos reconveniones formuladas por Saramema, S.L. y Cura Rivera, S.L. frente a FCC Construcción.

i) En aquel juicio ordinario 311/2009, la demanda de FCC Construcción, sobre la base de que las demandadas adeudaban al fondo de la UTE algo más de dos millones de euros, pedían que se declarara que estaban obligadas a pagar esas cantidades, más los intereses, y que se reconociera el derecho de

FCC Construcción a aplicar el procedimiento del art. 13.3 c) de los Estatutos, para exigirles judicialmente el cumplimiento de las obligaciones con reestructuración del Comité de Gerencia, el cese de los cargos nombrados por Saramema, S.L. y Cura Rivera, S.L. y a aplicar la sanción del art. 24.3 de los estatutos, para excluirlas de toda participación futura.

Todas estas pretensiones fueron desestimadas por la sentencia firme que resolvió ese juicio ordinario 311/2009, al considerar que las demandadas no habían incumplido las obligaciones de realizar sus aportaciones al fondo de la UTE, ya que las peticiones de fondos no habían sido acordadas en la forma pactada en los estatutos.

ii) En lo que ahora interesa, la reconvenición de Cura Rivera, S.L. pedía que se declarara la nulidad de los arts. 1.5, 24.3, 25.2, párrafo segundo, y 25.3 de los Estatutos de la UTE. Esta pretensión fue desestimada por la sentencia firme al no apreciar que esos preceptos fueran contrarios a la Ley, al orden público o la moral.

Esa reconvenición también pedía que se declarara que Cura Rivera, S.L. formaba parte de la UTE y que conservaba su puesto en el Comité de gestión por ser inexistentes los acuerdos adoptados FCC Construcción y EYSSA. Estas pretensiones fueron desestimadas por la sentencia porque, a su juicio, nada se decía en la reconvenición sobre por qué eran inexistentes tales acuerdos

iii) Por su parte, la reconvenición de Saramema, S.L., en lo que ahora interesa, pedía que se dejara sin efecto el acuerdo del Comité de Gerencia de 9 de febrero de 2009 y que en consecuencia se le repusiera como miembro de la UTE. También pedía la nulidad de los acuerdos del Comité de Gerencia posteriores al 9 de febrero de 2009. La

sentencia firme desestima estas pretensiones con el siguiente razonamiento: "tampoco se argumenta en qué modo el citado acuerdo del Comité de Gerencia de 9 de febrero de 2009 es contrario a derecho; ni por que causas deben ser considerados nulos todos los acuerdos posteriores adoptados por el Comité General (sic)".

4. Lo que acabamos de mencionar constituía el objeto del litigio resuelto en aquel juicio ordinario 311/2009, que no coincide con el que es objeto del presente procedimiento.

En este nuevo caso, quien demanda es FCC Construcción, S.L. y lo hace contra Saramema, S.L., Cura Rivera, S.L. y Gestión Canaria de Espacios Comerciales, S.L. El objeto litigioso viene conformado por lo solicitado por la demanda y por la oposición de las demandadas, sin que exista ninguna reconvencción. La demanda pedía que se declarara que FCC Construcción, S.L. era titular del 100% de la UTE Santa Brígida y la nulidad por falta de objeto de las dos escrituras de compraventa de 9 de octubre de 2017, por las que Saramema, S.L. y Cura Rivera, S.L. vendían a Gestión Canaria de Espacios Comerciales, S.L. sus respectivas participaciones en la UTE. Subsidiariamente, pedía la nulidad por causa ilícita de estas dos escrituras de compraventa de 9 de octubre de 2017.

Propiamente no existe identidad de objeto, aunque las demandadas hayan empleado como motivo de oposición a estas pretensiones que Saramema, S.L. y Cura Rivera, S.L. no habían perdido su condición de miembros de la UTE, al no ser eficaz el acuerdo del Comité de Gerencia de 9 de febrero de 2009, y por esa razón tenían capacidad de disponer de sus respectivas participaciones en la UTE cuando suscribieron las dos escrituras de compraventa de 9 de octubre de 2017. Razón por la cual no puede

apreciarse que se haya vulnerado la eficacia de cosa juzgada en sentido negativo de la sentencia firme que resolvió el juicio ordinario 311/2009.

En su caso, el efecto de cosa juzgada material que pudiera derivar de aquella sentencia firme que resolvió el juicio ordinario 311/2009 respecto de este nuevo pleito sería en sentido positivo, en la medida en que lo resuelto en el primero tuviera que ser tenido en cuenta al resolver sobre la oposición formulada por las demandadas en el segundo.

5. En su aspecto positivo, "lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal" (art. 222.4 LEC).

El recurso entiende que la sentencia firme que resolvió el juicio ordinario 311/2009, al desestimar la petición de nulidad de la reconvencción de que se declarara la nulidad del acuerdo del Comité de Gerencia de 9 de febrero de 2009, que expulsaba a Saramema, S.L. y Cura Rivera, S.L., suponía la confirmación de la validez de tal acuerdo, lo que en relación con la pretensión ejercitada en este nuevo pleito debía operar como presupuesto lógico que permitiría confirmar que FCC Construcción era la titular de todas las participaciones de la UTE.

Tal entendimiento obvia la sentencia firme que resolvió el juicio ordinario 311/2009 también desestimó la demanda de FCC Construcción y UTE Santa Brígida, y que al hacerlo razonó por qué debía considerarse que Saramema, S.L. y Cura Rivera, S.L. no habían incumplido ninguna obligación de aportar fondos a la UTE y, consiguientemente,

ni adeudaban nada ni se les podía aplicar el régimen legal de expulsión por morosidad. Y los efectos de cosa juzgada material de la sentencia se deben predicar también de la desestimación de la demanda y de las razones por las que se desestima.

De tal forma que los pronunciamientos vinculantes de la sentencia que resolvió el juicio ordinario 311/2009 deben ser considerados bajo una unidad, lo que con muy buen criterio llevó a la Audiencia, en la sentencia que ahora se recurre, a realizar una interpretación que tratara de superar la contradicción interna de aquella sentencia del juicio ordinario 311/2009: que por una parte niega que concurra el presupuesto de la expulsión de la UTE de Saramema, S.L. y Cura Rivera, S.L., al no ser morosas de obligación alguna de aportación al fondo de la UTE; y por otra, desestima la petición de inexistencia y de nulidad del acuerdo de expulsión del Comité de Gerencia de 9 de febrero de 2009.

La Audiencia se ve en la tesitura de tener que integrar ambos pronunciamientos para extraer un efecto de cosa juzgada material en sentido positivo unitario y coherente, respecto del presente pleito. Para ello entiende que la sentencia firme del juicio ordinario 311/2009 no confirmó la validez del reseñado acuerdo del Comité de Gerencia de 9 de febrero de 2009, a pesar de que desestimara las dos reconveniones, porque previamente, para desestimar la demanda, había razonado por qué Saramema, S.L. y Cura Rivera, S.L. no adeudaban nada a la UTE y por ello no se les podía aplicar el procedimiento de expulsión.

En un caso tan excepcional como el presente, la interpretación realizada por la Audiencia no solo no conculca el efecto de cosa juzgada material en sentido positivo de la sentencia firme que resolvió el juicio ordinario

311/2009, sino que se acomoda de la mejor manera posible a ella.

6. No es obstáculo para concluir así que la propia Audiencia, en el auto de 28 de junio de 2019, hubiera realizado una interpretación distinta a la que ahora hace en la sentencia recurrida. Ese pronunciamiento se dictó en un expediente de jurisdicción voluntaria, de consignación del precio de una compraventa (de 5 de mayo de 2015, por la que FCC Construcción, S.A. vendía su participación en la UTE a Gestión Canaria de Espacios Comerciales, S.L.). La consignación del precio realizada por Gestión Canaria de Espacios Comerciales, S.L. de la parte del precio que correspondía a la participación de FCC Construcción, S.A. en la UTE suponía que la vendedora no había transmitido el 100% de la UTE porque también eran partícipes Saramema, S.L. y Cura Rivera, S.L.

La apreciación realizada en el auto de 28 de junio de 2019 de que la consignación estaba mal hecha, porque no había quedado acreditado que FCC Construcción (vendedora) no fuera la titular del 100% de la UTE, no condiciona la interpretación que luego hizo la Audiencia en la sentencia que ahora se recurre y esta sala confirma, porque los efectos vinculantes de aquel auto se reducen a la validez de la consignación.

(...)

[Ver documento](#)