



A FONDO

Nulidad parcial por vicios del consentimiento: una leyenda urbana

Mateo C. Juan Gómez
Abogado Bufete Buades



FICHA TÉCNICA

Resumen: Es doctrina reiterada que el error del consentimiento debe ser esencial para poder anular el contrato. Por eso mismo, resulta difícil de aceptar que el error del consentimiento pueda servir para anular determinadas estipulaciones de un acuerdo, sin afectar al resto del contrato. Sin embargo esta cuestión ha sido aceptada por un gran número de resoluciones dictadas por distintas audiencias provinciales en materia de contratación bancaria compleja. Especialmente en lo relativo a la nulidad del coste de cancelación anticipada de determinados derivados financieros; o respecto a la posibilidad de pretender la nulidad de éstos cuando se encuentran implícitos en un contrato de financiación principal, como pudiera ser un préstamo o un leasing. Si bien durante el curso pasado el Tribunal Supremo ya manifestó que se mostraba contrario a la nulidad parcial de un contrato por vicios del consentimiento, en lo concerniente a la posibilidad de anular únicamente el coste de cancelación anticipada; en su reciente Sentencia de 17 de febrero de 2017 ha podido abordar directamente la cuestión de los derivados implícitos y la imposibilidad de declarar su nulidad sin que la misma afecte al contrato principal.

Palabras clave: Derivado implícito, Tribunal Supremo, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, seguridad jurídica, nulidad parcial, error en el consentimiento, cláusulas abusivas.

Abstract: It is reiterated doctrine that the error of consent should be essential to be able to quash the contract. For this reason, it is difficult to accept that the error of consent can serve to quash certain provisions of an agreement, without affecting the rest of the contract. However, this question has been accepted by a large number of resolutions issued by various audiencias provinciales (provincial courts) in respect to complex banking transactions. Especially with regard to the nullity of the cost of early cancellation of certain financial derivatives; or in respect to the possibility of claiming the nullity of these when they are involved in a main finance contract, such as a loan or leasing. Although during the last year the Tribunal Supremo (Supreme Court) has already stated that it was contrary to the partial nullity of a contract due to vices of consent, with regard to the possibility to quash only the cost of early cancellation, in its recent Judgement of 17 February 2017, this court has been able to directly address the issue of implicit derivatives and the impossibility of declaring them null and void without affecting the main contract.

Keywords: Implicit derivative, Tribunal Supremo (Supreme Court), Court of Justice of the European Union, legal security, partial nullity, error on the consent, abusive clauses.

SUMARIO

- I. PROBLEMA JURÍDICO SUSCITADO
- II. NOCIONES GENERALES SOBRE EL ERROR DEL CONSENTIMIENTO

- III. LA NULIDAD PARCIAL DEL CONTRATO POR VICIO DEL CONSENTIMIENTO. MENCIÓN ESPECIAL A LA PROBLEMÁTICA DE LOS DERIVADOS IMPLÍCITOS

IV. CÓMO ENCAJA EN ESTA ECUACIÓN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

V. A MODO DE BREVE CONCLUSIÓN

I. PROBLEMA JURÍDICO SUSCITADO

Recientemente ha llegado a mis manos una resolución del Tribunal Supremo que confirma una tesis que siempre he mantenido –y que nunca ha estado absenta de polémica–, y que podríamos decir que consolida una doctrina que ya había sido apuntada en resoluciones anteriores.

Me refiero a la Sentencia núm. 104/2017, de 17 de febrero de 2017 (rec. 2553/2014. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo), por la que se casa la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 3ª, de 9 de septiembre de 2014 (rec.200/2014).

El problema jurídico suscitado es relativamente habitual en el mundo de la litigiosidad derivada de la contratación bancaria compleja, y se resume en la siguiente cuestión: ¿Cabe declarar la nulidad por vicio del consentimiento de determinadas estipulaciones, o de un derivado implícito, manteniendo el resto del contrato?

Para comprender mejor la problemática, cumple exponer *grosso modo* lo que es una permuta financiera⁽¹⁾. Existen muchos y muy diversos tipos de operaciones de permuta financiera, proliferando cada vez nuevas variaciones para cubrir las necesidades del mercado, siempre al amparo de la autonomía de la voluntad. Desde un punto de vista genético y simplista, para no extendernos demasiado en este punto, diremos que los dos tipos generales de permutas financieras con mayor implantación son las permutas financieras de tipos de interés y las permutas financieras de cambio de divisas. Nosotros nos referiremos siempre a las primeras, para una mayor facilidad de la exposición.

Así, mediante una permuta financiera de tipos de interés («*interest rate swap*») las partes contratantes intercambian flujos de caja asociados a dos créditos en la misma moneda, uno con interés fijo y el otro con interés variable. Las partes pueden utilizar este instrumento financiero para cubrir sus propios riesgos, para llevar a cabo un arbitraje entre mercados o como mera inversión. Pudiéndose constituir, en consecuencia, dicha operación como vinculada a otras operaciones de pasivo o de forma autónoma a éstas.

En el caso de un derivado implícito, se introduce este negocio jurídico (este «intercambio») dentro del clausulado de un contrato principal, que le sirve de matriz.

Se integra como un elemento más que configura el mismo y que determina el tipo de interés aplicable al negocio⁽²⁾.

El Plan General Contable (Real Decreto 1514/2007 de 16 de noviembre), en su Parte Segunda, Norma Novena, dedica el apartado 5.1 a los instrumentos financieros híbridos, los cuales define como:

«*Aquellos que combinan un contrato principal no derivado y un derivado financiero, denominado derivado implícito, que no puede ser transferido de manera independiente y cuyo efecto es que algunos de los flujos de efectivo del instrumento híbrido varían de forma similar a los flujos de efectivo del derivado considerado de forma independiente*».

Se ha suscitado una enconada discusión en torno a si esta permuta implícita debe ser considerada un elemento esencial del contrato o no, desde el momento en que determina el precio de la operación de financiación. Sin perjuicio de ello, tal carácter esencial habitualmente se proclama en el propio contrato. Por mi parte considero que sí son predicables tales visos de esencialidad, no obstante no es cuestión que condicione en modo alguno lo que expondremos en el presente estudio.

(1) No obstante, en el presente estudio evitaremos un análisis genérico sobre la figura y concepto del «swap», para lo que nos remitimos a otros artículos que ya hemos publicado sobre la materia. Como son: *Aproximación práctica a la figura del interest rate swap o permuta financiera de tipos de interés*. Diario La Ley, N.º 7581, Año XXXII, 3 de Marzo de 2011, Ref. D-96, Editorial LA LEY. O también *El desprestigio de los swaps*. Revista El Notario del Siglo XXI, número 38. Julio-agosto de 2011, página 59 y siguientes. Igualmente *Interest Rate Swaps. A vueltas con el error vicio*. Revista El Notario del Siglo XXI, número 55, mayo-junio 2014.

(2) Las Directrices del European Securities and Markets Authority definen el derivado implícito como un componente de un instrumento de deuda que causa que la totalidad o parte de los flujos de efectivo de un instrumento se modifiquen de acuerdo con una o varias variables definidas. Por su parte, las NIC (normas internacionales de contabilidad) se refieren a éste como un componente de un instrumento financiero híbrido (combinado) que también incluye un contrato principal no derivado, cuyo efecto es que algunos de los flujos de efectivo del instrumento combinado varían de forma similar al derivado, considerado de forma independiente. Un derivado implícito provoca que algunos, o todos, los flujos de efectivo de un contrato se modifiquen, de acuerdo con un determinado tipo de interés, el precio de un instrumento financiero, el precio de una materia prima cotizada, un tipo de cambio, un índice de precios o de tipos de interés, una calificación o índice de carácter crediticio, o en función de otra variable.

Se ha suscitado una enconada discusión en torno a si la permuta financiera implícita debe ser considerada un elemento esencial del contrato o no, desde el momento en que determina el precio de la operación de financiación

Realizados tales apuntes, volvamos ahora al procedimiento que nos sirve de ejemplo y de base para nuestro estudio.

La calendada Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, declaró la nulidad por vicio del consentimiento de la cláusula contractual relativa a la «liquidación del derivado financiero por la cancelación anticipada de este contrato», o lo que es lo mismo, aquella por la que se preveía que, en caso de cancelación del contrato principal debía procederse igualmente a la cancelación anticipada del derivado financiero implícito, con el correspondiente coste de mercado asociado.

Nótese la importancia de determinar si es posible que ante una demanda de nulidad de un contrato por vicio del consentimiento, se acote el mismo sobre la estipulación de cancelación anticipada, eliminando ésta sin que ello afecte al negocio jurídico en sí mismo.

¿Puede el error en el consentimiento ser tan selectivo que permita eliminar una concreta estipulación contractual –o una parte de la misma– o un segundo negocio enlazado en el clausulado del primero?

Ya adelantamos que esta temática ha generado – como tantas otras – pronunciamientos contradictorios en el seno de las audiencias provinciales. Cumple asimismo apuntar que la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Baleares ya había defendido con anterioridad las mismas tesis, sirviendo de ejemplo la Sentencia nº 28, de 29 de enero de 2014 (rollo de apelación 400/2013)⁽³⁾.

II. NOCIONES GENERALES SOBRE EL ERROR DEL CONSENTIMIENTO

El error ha sido definido por nuestra jurisprudencia⁽⁴⁾ como el falso conocimiento de la realidad, capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida.

Para alcanzar a invalidar el consentimiento es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa («error in substantia») que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que hayan servido de motivo principal a su celebración (artículo 1266 Cc).

Debe, a su vez, servir de prisma interpretativo que el reconocimiento del error sustancial, anulador del negocio, tiene un sentido excepcional muy acusado ya que lo decisivo para la existencia y eficacia del negocio jurídico es que se declare una voluntad y que lo declarado se ajuste realmente a lo querido.

Surge entonces la difícil tarea de escrutar qué errores son aquellos que afectan a la esencia misma del negocio jurídico y, por ende, son susceptibles de generar la nulidad del contrato.

Así, por ejemplo, brota la siguiente duda: ¿en los casos en que se ha comprendido la operativa del derivado y la posibilidad de que existan liquidaciones positivas o negativas en función del posicionamiento del índice de referencia, no ser consciente del potencial coste de cancelación anticipada constituye un error esencial?

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 8 de abril de 2011, consideró que tal supuesto NO constituye un error esencial, en tanto que se dirige únicamente, frente al coste de la cancelación anticipada. Para ello realiza el siguiente silogismo: si eliminamos la cláusula que lo regula, el resultado es que el contrato subsiste sin ningún tipo de problema.

No sin poca determinación, parecía que podía extraerse una conclusión parecida de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2014, en la que se proclama;

«A la vista de la escasez de circunstancias concretas contempladas en la sentencia recurrida, no cabe entender que un defecto de oportuna información sobre el coste de la cancelación anticipada de la operación financiera fuese la causa de un error esencial, en el sentido expuesto, y, por ello, con entidad para provocar la anulación de todo el contrato».

No obstante, la mayoría de tribunales provinciales venían considerando que el coste de cancelación anticipada es un elemento esencial en la fase genética de formación de la voluntad contratante. Los operadores quie-

(3) Esta sentencia fue igualmente revocada por el Alto Tribunal en la STS 450/2016 de 1 de julio (rec. 609/2014), si bien en aquella ocasión se estimó un recurso de infracción procesal por el que se denunciaba la incongruencia de la sentencia, en tanto que el demandante había interesado en su escrito impulsor de las actuaciones, la nulidad total del contrato, y la sentencia, viendo que era más satisfactorio para sus intereses, optó por declarar la nulidad parcial del contrato. Tal decisión fue considerada una evidencia de incongruencia por «extra petita» por el tribunal central, que finalmente se decantó por declarar la nulidad total del contrato, y no sólo de una parte.

(4) Véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1963.

ren saber qué les pude costar «escapar» de un contrato que, en su caso, pudiere resultarles perjudicial, aún en el caso de que tengan la esperanza de obtener beneficios. De hecho ello sería, en cierto modo, una muestra clara de que se ha tomado conocimiento de los riesgos asumidos.

En cualquier caso, en fechas más recientes, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el particular, confirmando que el error pudiera recaer sobre los riesgos, representados por los eventuales costes económicos derivados de la cancelación del producto financiero que se concertaba. Así lo proclamó en la Sentencia 491/2015, de 15 de septiembre, en relación con el coste de la cancelación del swap, cuando se había ofrecido la posibilidad de cancelarlo y no se había suministrado suficiente información de lo que podía llegar a suponer este coste, y lo reiteró en otras sentencias posteriores (por ejemplo, Sentencia 90/2016, de 19 de febrero).

Por otro lado, 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.

III. LA NULIDAD PARCIAL DEL CONTRATO POR VICIO DEL CONSENTIMIENTO. MENCIÓN ESPECIAL A LA PROBLEMÁTICA DE LOS DERIVADOS IMPLÍCITOS

A lo largo de estos años de continua litigiosidad e indudable inseguridad jurídica en torno a la contratación bancaria compleja, he tenido la oportunidad de conversar con bastantes compañeros de profesión, pero también con otros juristas tales como jueces o académicos que han defendido la posibilidad de declarar la nulidad parcial de un contrato por vicios del consentimiento.

Tanto es así que en no pocas ocasiones se me ha tachado de «leguleyo» o de abordar la cuestión de manera excesivamente superficial, por afirmar que no me convence tal planteamiento. Mis reservas, sin perjuicio de las singularidades que por supuesto cabe predicar de cada caso concreto, enraízan con una regla de tres bastante simple, pero a mi parecer igualmente lógica.

Si el error en el consentimiento para tener efectos anulatorios debe ser esencial, esto es, afectar a elementos

esenciales del contrato y determinantes, por tanto, de la emisión de la voluntad... ¿acaso no es contradictorio sostener después de eso que el error esencial «no es tan esencial» –para que nos entendamos–, como para anular la totalidad del contrato, en tanto que el mismo puede subsistir si se eliminan las cláusulas que han dado lugar al error?

Y sin embargo, insisto, es una cuestión que ha resultado harto polémica en los últimos años, y quién haya lidiado con este tipo de reclamaciones seguro que será consciente de los batallones de resoluciones que cabe citar en uno y otro sentido y, sobretodo, curiosamente, en el que venía permitiendo la nulidad parcial.

Es sabido que nuestra doctrina científica y jurisprudencial acepta de forma unánime aquella nulidad que opera no sobre la totalidad del contrato, sino sobre una cláusula o elemento del mismo que no sea principal.

Los fundamentos de tal doctrina se cimientan esencialmente en la institución jurídica y genérica de la nulidad parcial de los contratos⁽⁵⁾. Es sabido que nuestra doctrina científica y jurisprudencial acepta de forma unánime aquella nulidad que opera no sobre la totalidad del contrato, sino sobre una cláusula o elemento del mismo que no sea principal. Ello al amparo del antiguo aforismo «*utile per inutile non vitiatur*».

Véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1983, según la cual:

«Hoy está admitido, doctrinal y jurisprudencialmente, la posibilidad y compatibilidad de la concurrencia en un mismo acto o negocio jurídico de pactos válidos y de pactos nulos, sin que la nulidad trascienda a la totalidad del negocio».

O la STS de 21 de febrero de 1984, que apunta que la nulidad de determinados pactos no tiene porqué trascender «*por fuerza a la totalidad del negocio según la naturaleza del negocio y la buena fe*».

Sin embargo, trasladar toda esta doctrina, general, al caso concreto de la acción de anulabilidad por vicios del consentimiento, que para su propia estimación exige el carácter esencial del error padecido, supone ir mucho más allá del principio de conservación de los actos nulos o del «*favor negotii*».

(5) Sirvan de ejemplo, entre otras muchas las SSTS de 30 de marzo de 1950; de 3 de junio de 1953; de 11 de noviembre de 1955; de 7 de junio de 1960; de 10 de octubre de 1977; de 7 de julio de 1978; de 11 de marzo de 1985; de 30 de abril de 1986; de 17 de octubre de 1987; de 12 de noviembre de 1987; de 20 de abril de 1988; de 22 de julio de 1993; o de 25 de octubre de 1994.

No obstante, ya hemos visto la tesis mantenida por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Baleares, tesis que a su vez eran apoyadas por otros muchos tribunales.

Un ejemplo, en relación a la nulidad parcial de contratos de permutas financieras –que afecta únicamente a la cláusula de vencimiento anticipado– lo encontramos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4ª, de 11 de julio de 2011 (nº 189/2011), en la que se contiene la siguiente reflexión:

«Así, apreciada la existencia de error parcial en la emisión del consentimiento por desconocimiento de las consecuencias de la cancelación del contrato, error que es excusable pues como ha quedado de manifiesto en juicio el propio empleado del banco que vendió el producto desconocía el coste del desistimiento –(y los datos que obran en autos indican que el coste de cancelación es superior a la suma que resultaría de la aplicación de las liquidaciones negativas habidas en los dos años de vigencia a todo el periodo de duración del contrato)–, la cuestión a resolver es la consecuencia que debe derivar de tal error y, en concreto, si procede decretar la nulidad inicial de todo el contrato.

[...]

En supuesto semejante al que nos ocupa (error parcial por desconocimiento de costes de cancelación) la ST 9 de mayo de 2011 de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria declara la nulidad parcial del contrato, que circunscribe a la cláusula referente al desistimiento y coste de cancelación y en consecuencia declara que «existe justa causa para retener los pagos cruzados hasta la fecha de cancelación porque el derivado funcionó como lo entendieron las partes si bien la concursada no tendrá que abonar nada por la cancelación del derivado», solución que se considera la más razonable a las circunstancias del caso en la que el funcionamiento del derivado era conocido por el cliente y el resultado negativo de la operación ha determinado la impugnación de la operación.

En consecuencia, procede estimar parcialmente la demanda y declarar la nulidad de la cláusula del contrato referente al desistimiento, dejando sin efecto la obligación del cliente de hacer frente al coste de cancelación del derivado»

O también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14ª, de 30 de abril de 2012 (rec. 727/2011), en la que se aprecia;

«DÉCIMO.- Sin embargo, discrepando de la sentencia recurrida, sí apreciamos la existencia de error esencial y excusable en la formación del consentimiento del actor, provocado por la información incompleta e inexacta de los empleados del Banco demandado sobre el importe nocional de referencia de la permuta financiera, determinante

de la nulidad parcial del contrato, que es lo que en realidad ha venido sosteniendo el actor desde su primera reclamación extrajudicial tras la comunicación de la liquidación negativa –la anterior había sido neutra–»

Por su parte estiman la nulidad del derivado implícito por vicios del consentimiento, manteniendo la validez del contrato principal, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17ª, de 23 de abril de 2015 (nº 175/2015; rec. 484/2013); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 2ª, de 15 de julio de 2014 (nº 148/2014, rec. 50/2014); o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7ª, de 18 de abril de 2016 (nº 168/2016, rec. 631/2015).

La primera de las citadas, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, apuntaba que *«es posible afirmar que en nuestro ordenamiento se viene admitiendo la posibilidad de nulidad parcial de un contrato, también en supuestos de concurrencia de vicios del consentimiento, siempre y cuando dicho vicio, y la consiguiente nulidad, recaiga sobre una cláusula no esencial del contrato, esto es, siempre que el contrato, pudiera subsistir, desprovisto ya de dicha estipulación, cumpliendo la función económica que le es propia y de acuerdo con la voluntad de la partes, lo que, en definitiva, no es más que una manifestación más del principio de conservación del negocio».*

En el sentido opuesto destacaba de manera especial la Audiencia Provincial de Burgos, cuya Sección 3ª dictó sendas resoluciones declinando tal posibilidad de declarar la nulidad parcial del contrato por vicios del consentimiento. Así, por ejemplo, en su Sentencia 267/2011, de 12 de septiembre, estimando la concurrencia del vicio del consentimiento y declarando la nulidad de la estipulación por la que se regula el cálculo del coste de cancelación anticipada, afirma que la nulidad de tal estipulación ha de conllevar la de todo el contrato. En sentido similar, cabe citar la Sentencia 43/2012, de 7 de febrero.

Ahora bien, en dichas resoluciones se declara la nulidad total del contrato sobre la base de que la estipulación anulada es esencial, pero no se descarta de manera contundente la posibilidad de que el vicio del consentimiento pueda ocasionar una nulidad parcial de un negocio.

En sentido similar pueden traerse a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5ª, de 28 de septiembre (nº 443/2012); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 2ª, de 14 de noviembre de 2013 (rec.252/2012); o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1ª, de 20 de febrero de 2012 (no 75/2012, rec. 535/2011).

Frente a tales polémicas se posiciona el Tribunal Supremo, negando la posibilidad de declarar la nulidad parcial de un contrato enarbolando la bandera del vicio del consentimiento.

Así, en relación a la posible nulidad de la cláusula de cancelación anticipada sin que ello afecte al resto del contrato (manteniéndose por tanto las liquidaciones practicadas y permitiéndose simplemente el desistimiento de la operación, sin coste), podemos acudir a la STS 479/2016, de 13 de julio. En aquella ocasión se declaró que si el error es sustancial y relevante, y además inexcusable, podría viciar la totalidad del contrato, pero no declararse por este motivo la nulidad de una parte con la subsistencia del resto del contrato.

Frente a la polémica generada en las AAPP se posiciona el TS negando la posibilidad de declarar la nulidad parcial de un contrato enarbolando la bandera del vicio del consentimiento

Más recientemente ha podido trasladar dicha cuestión al derivado implícito, supuesto en el que recordemos se implanta un negocio jurídico dentro de otro, del que pasa a formar parte integrante. ¿Es posible «extirpar» el contrato trasplantado o debe ser considerado parte de un todo inescindible?

En este punto cabe traer a colación tres resoluciones de gran relevancia.

La primera, la Sentencia de 3 de junio de 2016 (STS 380/2016; rec. 361/2014). En aquella ocasión el Tribunal Supremo confirmó la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Lleida, de 14 de noviembre de 2013, antes citada. La resolución de apelación revocaba la de instancia por la que se declaró la nulidad de todo el préstamo, por considerar el tribunal de apelación que ello constituía una incongruencia por «*extra petita*» dado que se había interesado únicamente la nulidad parcial –del derivado implícito– por el demandante y no la nulidad total.

El motivo de casación daba en aquella ocasión algo de juego al Alto Tribunal para exponer sus tesis sobre el derivado financiero, si bien únicamente hasta cierto punto. El motivo único se concretó por el recurrente en la posible invocación de la doctrina de la apreciación de nulidad de oficio, si el juzgado consideraba que la consecuencia del vicio del consentimiento era la nulidad total del contrato y no sólo la parcial.

En este punto la sentencia se distancia de la doctrina relativa a las cláusulas abusivas y su apreciación de oficio, doctrina que no es en modo alguno aplicable a las acciones por vicio del consentimiento.

En la resolución subyace la idea de que la nulidad parcial del contrato no es posible por una acción de anulabilidad por vicios del consentimiento, si bien el objeto

del recurso le impide pronunciarse directamente sobre dicho particular.

La segunda, la Sentencia de 1 de julio de 2016 (STS 450/2016, rec. 609/2014) en la que se apunta ya la posible aplicación de la doctrina anterior a los supuestos de derivados implícitos, si bien tal manifestación, en el modo en que está enmarcada, podría haber sido calificada como «*obiter dicta*».

Téngase presente que en aquella ocasión ocurrió precisamente lo contrario que en la Sentencia de 3 de junio. Y es que la parte demandante había solicitado la nulidad no del derivado implícito, sino del contrato de préstamo en el que estaba incorporado el derivado en cuestión –de todo él–. La Sentencia de instancia desestimó la demanda y, previo recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 3ª, la estimó parcialmente, considerando que sí concurría vicio del consentimiento, pero que la consecuencia del mismo no tenía por qué ser la nulidad de todo el préstamo, declarando la ineficacia del derivado implícito –concretamente del coste de cancelación del mismo– por ser la única cuestión sobre la que se proyectó el error.

La parte perjudicada por la resolución interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, argumentando que la Sentencia de apelación se había separado del principio de justicia rogada al resolver cosa distinta de lo pedido. El Alto Tribunal estima el recurso por infracción procesal, declara la incongruencia de la sentencia y dicta otra nueva por la que anula la totalidad de la operación de financiación.

Sin embargo, en esta ocasión, y aunque posiblemente, como decimos, pudiera ser calificado de «*obiter dicta*», no puede evitar el tribunal realizar la siguiente puntualización:

«La petición contenida en la demanda tenía su sentido pues [...] Si el error es sustancial y relevante, y además inexcusable, podría viciar la totalidad del contrato, pero no declararse por este motivo la nulidad de una parte con la subsistencia del resto».

Véase lo categórico del «apunte» realizado por el tribunal, que sin embargo debía esperar aún un poco más para poder confirmar sus tesis resolviendo un recurso que abordase directamente esta problemática.

La tercera, la Sentencia de 17 de febrero de 2017 (STS 104/2017, rec. 2553/2014), proveniente igualmente de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Baleares, si bien en esta ocasión la demanda de autos había acotado su pretensión solicitando la nulidad únicamente del derivado implícito y no de la totalidad de la operación principal. Pretensión que fue acogida por el tribunal de apelación.

La fundamentación jurídica de la sentencia es directa y breve, lo que redundará en beneficio de su contundencia, a la par que facilita su lectura. Se estima el primer motivo de casación (la imposibilidad de declarar la nulidad parcial de un contrato al amparo de un posible vicio del consentimiento), afirmando:

«...no cabe la nulidad de una cláusula de un contrato, en este caso la relativa al coste de cancelación anticipada del derivado implícito incluido en un contrato de leasing, por un error vicio que afecta sólo esta cláusula. [...]

[...] La demanda no pedía la nulidad de los contratos de financiación (leasing) que incorporaban el derivado implícito para la determinación de los intereses, sino la nulidad de una parte del contrato, la relativa al derivado financiero, y por la concurrencia de un error vicio respecto de dicho derivado implícito. De acuerdo con la jurisprudencia expuesta, el error debe ser sustancial y relevante en relación con la totalidad del contrato, razón por la cual, de apreciarse, la nulidad afectaría a la totalidad del contrato, pero no a unas determinadas cláusulas».

De este modo el Tribunal Supremo cierra otro de los capítulos relativos a la litigiosidad bancaria de los últimos años.

IV. CÓMO ENCAJA EN ESTA ECUACIÓN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

A la vista de la postura adoptada por el Tribunal Supremo, hay quién podría cuestionarse si el Alto Tribunal no está vulnerando la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y más en concreto, la contenida entre otras en su Sentencia de 30 de abril de 2014 (as. C-26/13).

¿Cabe esperar el enésimo «choque de trenes» entre el Alto Tribunal español y el único tribunal legitimado para interpretar el derecho comunitario con carácter unificador?

Desde mi punto de vista –discutible, por supuesto– no parece que estemos ante doctrinas antagónicas sino perfectamente complementarias. Me explico.

La doctrina incorporada por el Tribunal de Justicia en la resolución de referencia y en otras que le han sucedido, ciertamente proclama que:

«...en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profe-

sional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional».

De esta suerte se viene a reconocer por el tribunal comunitario la posibilidad de que una cláusula anulada, cuya inexistencia impida la supervivencia del negocio jurídico, pueda ser integrada por una disposición supletoria nacional, que permita la subsistencia del negocio⁽⁶⁾.

Pero tan importante como las conclusiones alcanzadas por el tribunal europeo, lo es el marco en el que éstas se adoptan. En este sentido, no podemos perder de vista que tales tesis se encuadran dentro de un litigio de nulidad de cláusulas integradas en un préstamo hipotecario multidivisa, y su carácter abusivo. Esto es, en aplicación de la doctrina derivada de la nulidad por abusividad o falta de transparencia –que no por vicio del consentimiento– de una determinada estipulación contractual, aunque sea determinante del precio o esencial, y siempre que:

- Sea un contrato celebrado con un consumidor.
- Sea más perjudicial para éste la nulidad de todo el contrato que la subsistencia del negocio sin la cláusula discutida.

Todo ello en interpretación del artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Corolario de lo anterior, en una acción como la de vicios del consentimiento, que resulta ajena al ámbito de la Directiva comunitaria, no parece que la tesis del Tribunal Supremo contradiga en nada al Derecho Comunitario.

V. A MODO DE BREVE CONCLUSIÓN

Es doctrina reiterada que el error del consentimiento debe ser esencial para poder anular el contrato. Por eso mismo, resulta un tanto difícil de aceptar que el error del consentimiento pueda servir para anular determinadas estipulaciones de un acuerdo global.

En primer lugar porque si tal cláusula no es de naturaleza esencial, el error sufrido a la hora de prestar el consentimiento global del contrato, no se habría visto afectado por un error esencial, recayendo únicamente en

(6) Tesis que ha sido aplicada en supuestos de préstamo multidivisa, entre otras por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, de 18 de mayo de 2016 (rec. 264/2015), y en el marco precisamente de la acción de nulidad por falta de transparencia.

un elemento secundario o accesorio y, por ende, insuficiente.

En segundo lugar porque si tal cláusula fuera efectivamente de naturaleza esencial, el contrato no podría sobrevivir ante la extinción de la misma.

Por lo anterior, la raíz del planteamiento me parece sumamente paradójica.

No obstante, numerosa jurisprudencia menor emanada de diversas audiencias provinciales venían admitiendo tal posibilidad, y de modo especial en dos supuestos relacionados con los derivados financieros, como son (i) los pactos reguladores del coste de cancelación anticipada; (ii) los derivados implícitos en operaciones de financiación, como un préstamo o un «leasing».

De un estudio en profundidad de las últimas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en esta materia, y de modo especial de la reciente STS 104/2017 de 17 de febrero de 2017, sólo cabe concluir que si bien se reconoce como institución jurídica la nulidad parcial de los contratos (corolario de principios tan arraigados como son el de conservación de los contratos, el «*favor negotii*» o el «*utile per inutile non vitiatur*»), ésta no es predicable de las acciones de anulabilidad por vicios del consentimiento.

Y nótese la consecuencia económica de lo que apuntamos, toda vez que a razón de lo expuesto, la estimación de la acción de nulidad si se proyecta frente a todo el

contrato, conllevará ex artículo 1303 del Código Civil, la reintegración mutua de las prestaciones. O lo que es lo mismo, la obligación del propio demandante de reintegrar –de golpe– la totalidad del préstamo, leasing, o cualquier otro modelo de financiación.

En el intrincado mundo de la formación del consentimiento y la declaración de voluntad, si concurre un error el mismo puede ser de naturaleza esencial y susceptible de anular la totalidad del negocio jurídico; o secundario, en cuyo caso no podrá traer aparejado la nulidad del contrato, ni en todo ni en parte.

En suma, se considerará que se ha perfeccionado debidamente el contrato (en su sentido general) si no concurren vicios del consentimiento o éstos son de poca entidad, dando en su caso lugar a las responsabilidades que pudieren corresponder. Por el contrario, se considerará que la perfección es irregular y susceptible de anular la totalidad del negocio, si media una falta de comprensibilidad total del mismo o de un elemento esencial, entendiéndose por tales «*aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo*».

A razón de lo anterior, quisiera terminar este trabajo recordando una reflexión de Henry Kissinger, secretario de estado de los Estados Unidos en la década de los 70 y premio Nobel de la Paz:

«*Para estar absolutamente seguro de algo, uno debe saber todo o nada al respecto*».