



Roj: **STS 8424/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:8424**

Id Cendoj: **28079110012012100736**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/11/2012**

Nº de Recurso: **1676/2009**

Nº de Resolución: **698/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 3277/2009,**
STS 8424/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Noviembre de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados los recursos por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 29 de la misma ciudad, cuyo recurso fue preparado ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personaron en concepto de parte recurrente el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado, en nombre y representación de "VIAJES IBERIA, S.A."; siendo parte recurrida la Procuradora Dª. Paz Santamaría Zapata, en nombre y representación de "FINCONSUM, E.F.C., S.A.".

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El Procurador D. Ignacio López Chocarro, en nombre y representación de VIAJES IBERIA, S.A, interpuso demanda de juicio ordinario contra "FINCONSUM, E.F.C., S.A." y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia *por la que estimando la demanda interpuesta:* a) *Declare la existencia del contrato en los términos que constan en el documento privado firmado por las partes el 16 de febrero de 2006.* b) *Declare el incumplimiento de FINCONSUM por su resolución injustificada del contrato y por el impago de comisiones debidas, a saber, el 5% de todas aquellas operaciones realizadas a través de la tarjeta VIAJES IBERIA CREDISTAR de importe superior a 200€ en agencias VIAJES IBERIA, así como el 1 % sobre todas las reutilizaciones de tarjeta realizadas fuera de agencias VIAJES IBERIA.* c) *Condene a FINCONSUM a abonar a VIAJES IBERIA la cantidad de OCHO MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y TRES EUROS CON SETENTA Y SEIS CENTIMOS DE EURO (8.488.443,76€) correspondientes al 5 % del total de operaciones efectuadas con las tarjetas CREDISTAR en productos de VIAJES IBERIA desde el inicio de la operatividad de las mismas hasta la fecha del presente escrito.* d) *Condene a FINCONSUM a abonar a VIAJES IBERIA el importe equivalente al 1 % del total de reutilización de las tarjetas en establecimientos diferentes a los propios de VIAJES IBERIA desde el inicio de la operatividad de las tarjetas hasta la resolución del contrato.* e) *Declare la resolución del contrato con efectos desde el 31 de octubre de 2006.* f) *Declare la causación de daños y perjuicios irrogados a VIAJES IBERIA en la cantidad de 476.102€ y que condene a FINCONSUM al abono de los mismos a VIAJES IBERIA.* g) *Declare la responsabilidad de FINCONSUM de indemnizar a VIAJES IBERIA de cualesquiera otros daños que resulten de su incumplimiento, en virtud de lo dispuesto en el art. 219.3 LEC.* h) *Condene a FINCONSUM a abonar los intereses legales (4%) devengados por las facturas impagadas y que a fecha de la interposición de la demanda ascienden a un total de 86.861,48 €, así como los que se devenguen por este mismo concepto en el porcentaje que le sea aplicable hasta la resolución del presente procedimiento. (se adjunta cálculo como documento 30).* i) *Condene a FINCONSUM a satisfacer las*



costas derivadas del presente procedimiento y que, a falta de ulterior fijación, se estiman prudencialmente en la cantidad de 200.000 €.

2.- El Procurador D. Javier Segura Zariquiey, en nombre y representación de "FINCONSUM, E.F.C., S.A.", contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia *desestimando íntegramente la demanda imponiendo en cualquier caso las costas procesales a la actora, con expresa declaración de haber actuado con mala fe procesal.*

3.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Ilma. Sra. Magistrada- Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 29 de Barcelona, dictó sentencia con fecha 23 de julio de 2007, cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO:** Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la representación procesal de la entidad VIAJES IBERIA, S.A. *contra la entidad FINCONSUM E.F.C., S.A.:* 1) **DECLARO** la existencia de un acuerdo entre las partes en los términos que constan en el documento privado firmado por las mismas en fecha 16 de febrero de 2006 y asimismo **DECLARO** que dicho acuerdo fue resuelto con efectos desde el 31 de octubre de 2006. 2) **DEBO CONDENAR Y CONDENO** a la referida demandada, FINCONSUM E.F.C., S.A., a que abone a la actora la suma de 8.205.411,50.- euros de principal con más sus intereses legales desde la interpelación judicial. 3) **Todo ello debiendo abonar cada parte las costas procesales causadas a su instancia y las comunes por mitad.**

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por las representaciones procesales de "VIAJES IBERIA, S.A." y de "FINCONSUM, E.F.C., S.A.", la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 20 de marzo de 2009 cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS:** Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de FINCONSUM, E.F.C., S.A. *contra la sentencia dictada el 23 de julio de 2007 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 29 de Barcelona en las presentes actuaciones, debemos revocar y revocamos parcialmente la sentencia en el sentido de fijar el importe de las cantidades devengadas a favor de la actora y a costa y pago por la demandada, en 7.073.630'41 euros; se estima parcialmente el recurso interpuesto por la representación procesal de Viajes Iberia, S.A. contra la citada sentencia declarando que la demandada incumplió el contrato firmado interpartes, condenando asimismo a la demandada al pago del interés legal sobre el principal establecido desde la interposición de la demanda hasta su pago; se confirma la sentencia en los demás extremos; sin costas en la alzada.*

TERCERO .- 1 .- El Procurador D. Ignacio López Chocarro, en nombre y representación de VIAJES IBERIA, S.A., interpuso recursos por infracción procesal y de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DEL RECURSO POR INFRACCION PROCESAL:****PRIMERO:** Al amparo del artículo 469.1 2º y 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia . Infracción de los artículos 24 y 120.3 de la Constitución Española y 216 , 218 y 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . **SEGUNDO** .- Al amparo del artículo 469.1 2º y 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia . Infracción de los artículos 24 y 120.3 de la Constitución Española y 216 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . **MOTIVOS DE CASACION: UNICO** .- Incorrecta aplicación del artículo 135 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo y del artículo 20.1.18 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre .

2 .- Por Auto de fecha 21 de septiembre de 2010, se acordó ADMITIR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL y EL RECURSO DE CASACION y dar traslado a la parte recurrente para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- Evacuado el traslado conferido, la Procuradora Dª. Paz Santamaría Zapata, en nombre y representación de "FINCONSUM, E.F.C., S.A.", presentó escrito de impugnación a los recursos interpuestos.

4. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 30 de octubre del 2012, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Los litigantes en el proceso que ahora se halla ante esta Sala son VIAJES IBERIA, S.A., agencia de viajes dedicada a la comercialización de servicios turísticos, demandante en la instancia y recurrente ante esta Sala, y "FINCONSUM, E.F.C., S.A." empresa dedicada a la financiación para la adquisición de bienes de consumo, parte demandada en la instancia y recurrida aquí.

A lo largo del año 2005, ambas partes iniciaron unas conversaciones para el lanzamiento de una tarjeta de crédito (VISA VIAJES IBERIA) con el fin de que futuros clientes puedan adquirir y financiar productos que ofrece VIAJES IBERIA, S.A., así como adquirir a crédito productos en otros establecimientos.



Tales contratos se plasmaron en un texto en documento privado de 16 de febrero de 2006 al que denominaron "acuerdo de colaboración" que fijaba su propia validez entre el 20 de marzo de 2006 al 30 de abril de 2010 y preveía las tarjetas de crédito que se iban a emitir y el último párrafo es importante; dice así:

"en este sentido, pues, FINCONSUM y VIAJES IBERIA se comprometen a realizar cuantas gestiones fueran precisas y necesarias y estuvieran a su alcance para, conforme a lo acordado con anterioridad al día 31 de marzo de 2006, proceder a la firma del acuerdo marco de colaboración de referencia".

Sin esperar a que se firmara este "acuerdo marco de colaboración", se puso en marcha la operativa de lanzamiento de las tarjetas de crédito. Sin embargo, las relaciones entre las partes se deterioraron, esencialmente porque cada una entendía que la otra no cumplía correctamente: pago de porcentajes y comercialización adecuada.

Consecuencia de ello FINCONSUM dirigió una carta el 25 de julio de 2006 a VIAJES IBERIA en la que le comunicaba "la absoluta inviabilidad económica para llegar a un acuerdo" y, añade textualmente:

"les comunica su decisión de dejar sin efecto alguno el compromiso de acuerdo de colaboración suscrito en fecha 16 de febrero de 2006, desde la fecha de su formalización, rechazando, por tanto, el otorgamiento del acuerdo marco de colaboración que prevé el propio documento, sin que haya lugar a que ninguna de las partes perciba importe alguno con cargo a la otra por causa del mismo. Como muestra de buena voluntad y con el fin de no perjudicar los intereses de los clientes de VIAJES IBERIA, la dirección de FINCONSUM ha decidido permitir el mantenimiento de la actual operativa provisional, hasta que se fije de mutuo acuerdo la fecha de su cese, nunca más allá del 30 de octubre de 2006".

SEGUNDO .- VIAJES IBERIA, S.A. formuló demanda en la que interesó la declaración de existencia del contrato de 16 de febrero de 2006 y el incumplimiento por parte de la demandada FINCONSUM y se condene a ésta a pagarle los porcentajes cuyas cifras concretó.

Ambas sentencias, de primera y de segunda instancia, estimaron parcialmente la demanda; aquélla, confirmada en este extremo, declaró la existencia de un "acuerdo", obviando la palabra contrato (realmente es un contrato como negocio jurídico bilateral productor de obligaciones, pese a que estaba incompleto y debía complementarse con otro posterior, que no llegó a celebrarse; pero sí hubo contactos verbales y escritos que permitieron el lanzamiento de tarjetas de crédito, antes de la firma del contrato complementario) y ésta rebajó la cifra de condena al pago que había fijado la anterior. Ambas rechazan que a tal condena se le añadiera la sujeción al IVA. El recurso de casación, con un solo motivo, impugna esta declaración tributaria; nada más. El recurso por infracción procesal, con dos motivos, el primero de ellos alega "una motivación calificable de irracional, arbitraria o ilógica" y en realidad es un desacuerdo con la motivación, referida a una cuestión de fondo que, curiosamente, no se lleva a casación y el segundo insiste en un desacuerdo con la motivación, en relación con la cuestión de fondo relativa a la reclamación de daños y perjuicios, sobre los gastos de publicidad.

TERCERO .- El recurso por infracción procesal contiene, como se ha dicho, dos motivos, ambos referidos a infracción por falta de motivación de la sentencia recurrida. Sin embargo, se deben desestimar por dos razones, la primera, porque confunde el concepto de falta de motivación -que no la hay- con el desacuerdo con la misma, mezclando consideraciones sobre los elementos de prueba, lo que es ajeno al recurso por infracción procesal. La segunda, porque al argumentar sobre la motivación, se entra en el fondo de derecho material, lo cual no cabe en este recurso que pretende analizar una posible infracción de las normas procesales y, en su caso, aplicar la regla séptima de la disposición final decimosexta de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil .

El primero de los motivos se funda en el artículo 469.1. 2º y 4º (lo cual no deja de ser incorrecto al pretender basarse en dos motivos bien distintos) por infracción de los artículos 24 y 120.3 de la Constitución Española y 216, 218 y 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (tampoco es correcto la enumeración de normas heterogéneas, sin especificar dónde se estima la infracción) y en este motivo se alega "una motivación calificable de irracional, arbitraria o ilógica" y lo relaciona o más bien justifica con "elementos de prueba esenciales que fundamentan la pretensión de VIAJES IBERIA".

Las sentencias de 8 de octubre de 2009, 17 de septiembre de 2010 y 7 octubre de 2012 expresan los conceptos doctrinal, constitucional y jurisprudencial de la motivación. La motivación de las sentencias es una exigencia constitucional establecida en el Art. 120.3 CE. Desde el punto de vista constitucional, el deber de motivación es inherente al ejercicio de la función jurisdiccional y forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, porque está prohibida la arbitrariedad del juez y la forma de controlar la razonabilidad de las decisiones se efectúa por medio de la motivación, y todo ello para evitar que el derecho a la tutela judicial efectiva sufra una lesión (sentencia de 14 abril 1999). La respuesta a las peticiones formuladas en la demanda no debe ser ni extensa ni pormenorizada, pero sí debe estar argumentada en derecho, puesto que el juez no puede decidir según su leal saber y entender, sino mediante el recurso al sistema de fuentes establecido, tal como dispone el Art. 1.7



del Código Civil , lo que deriva de la sumisión de los jueces a la ley, establecida en el Art. 117.1 Constitución Española . En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que *"la motivación" ha de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, para que el interesado, destinatario inmediato pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la ratio decidendi de las resoluciones"* (Sentencia 77/2000 , así como las Sentencia del Tribunal Supremo 69/1998 , 39/1997 , 109/1992 , entre muchas otras). Esta Sala ha aplicado esta norma, exigiendo la motivación suficiente, sobre la base del cumplimiento de una doble finalidad: la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que responde a una determinada interpretación del derecho, así como la de permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos (sentencias de 5 noviembre 1992 , 20 febrero 1993 , 26 julio 2002 y 18 noviembre 2003 , entre muchas otras).

Nada tiene que ver la motivación con este motivo del recurso. En su desarrollo se mezcla la congruencia y todo ello para revisar la prueba y entrar en el fondo de derecho material, lo que no es materia de este recurso. Sobre la pretendida revisión de la prueba se ha pronunciado constante jurisprudencia de que no cabe en el recurso: sentencias de 4 de febrero de 2011 , 5 de mayo de 2011 , 6 de mayo de 2011 , 27 de enero de 2012 , 9 de febrero de 2012 , 20 de febrero de 2012 y asimismo, no cabe ante esta Sala hacer supuesto de la cuestión, en el sentido de partir de hechos no declarados probados en la sentencia de instancia o prescindir de las que sí han sido declarados probados: sentencias de 13 de mayo de 2011 , 6 de octubre de 2011 , 4 de abril de 2012 .

Este es el motivo primero que, por ello, debe ser desestimado.

El motivo segundo de este recurso por infracción procesal cae en el mismo error que el anterior. Se funda igualmente en dos apartados, el 2º y el 4º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y alega también la infracción de los artículos 24 y 120.3 de la Constitución Española y 216 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , todo ello para entrar en un tema de derecho material cual es la reclamación de daños y perjuicios en relación con los gastos de publicidad, lo que lo relaciona con la motivación de la sentencia, lo cual no es otra cosa, como se ha dicho en líneas anteriores, que mostrar el desacuerdo con la motivación en una cuestión que no es de posible infracción procesal, sino de prueba de hechos que han llevado a la sentencia de instancia a rechazar una determinada pretensión de derecho material.

Este motivo, pues, debe ser desestimado por las mismas razones que el anterior.

CUARTO .- El recurso de casación viene contenido en un solo motivo que se formula por incorrecta aplicación del artículo 135 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo y del artículo 20.1.18 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre , relativos a la exención del IVA en operaciones de mediación financiera, a la luz de la interpretación del concepto de "mediación" acuñado por la jurisprudencia y la doctrina científica.

Tanto la sentencia de primera como la de segunda instancia entran en esta cuestión y la sentencia de la Audiencia Provincial objeto de este recurso, precisamente en este tema, dice lo siguiente:

"... considerar que las comisiones recibidas por la actora en base a las operaciones efectuadas con tarjeta de crédito que financian operaciones de la actora por un tercero que se beneficia de los intereses devengados por la financiación a crédito es un supuesto sujeto al IVA pero exento del mismo en base al artículo 20.1.18.m. Lo que lleva a estimar dicho motivo de oposición. Consecuentemente debe descontarse y se descuenta de los ingresos de la actora el importe del IVA por lo que queda fijada la cuantía en la cantidad de 7.073.630, 41€".

La idea básica que ha sido mantenida por la jurisprudencia parte de que el conocimiento de las controversias entre particulares acerca del cumplimiento de obligaciones dimanantes de relaciones contractuales corresponde, en principio, al orden jurisdiccional civil, al que, según el artículo 9.1 LOPJ , corresponde el conocimiento de los conflictos *inter privados* (entre particulares), puesto que se le atribuyen las materias que le son propias, además de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional (sentencias de 2 de abril de 2009 , de 16 de junio de 2010 , de 10 de noviembre de 2008 y 17 de noviembre de 2010 .

El problema se plantea cuando en el proceso civil se plantea directamente el pago del IVA, como ocurre en el presente caso, que ocupa el único motivo del recurso de casación. La solución la ha reiterado la jurisprudencia, sentencias de 10 de noviembre de 2008 y 17 de noviembre de 2010 que añaden, a lo transcrito anteriormente:

Este principio alcanza a aquellos supuestos en que la procedencia de la obligación entre particulares tiene un presupuesto de carácter administrativo-tributario, como el devengo de un determinado tributo a cargo de un obligado tributario, salvo en aquellos casos en que, por versar la controversia principalmente sobre la existencia o contenido de la obligación tributaria o sobre la determinación del sujeto que resulta obligado en virtud de la misma, no puede admitirse que el thema decidendi [cuestión que debe decidirse], de carácter jurídico-administrativo y llamado a ser resuelto por la jurisdicción de este orden, tenga carácter accesorio o prejudicial respecto de la cuestión civil planteada.



Señala esta misma sentencia que estos principios son aplicables a las cuestiones que surgen sobre la repercusión del IVA en relación con actos de los particulares. En estos casos deben distinguirse los supuestos en que básicamente se trata de obtener el cumplimiento de una obligación contractual no discutida, que se estiman de naturaleza civil --bien porque dicha obligación ha sido contractualmente asumida, bien porque no existe cuestión en cuanto a su existencia y alcance tributario que justifique la intervención de la Administración tributaria, sujeta al control de la jurisdicción contencioso-administrativa-- de aquellos otros en que la cuestión debe resolverse por la Administración o en el orden contencioso-administrativo, por cuanto ha de determinarse el tipo impositivo correspondiente y con ello la procedencia o no de la repercusión por existir controversia sobre estos aspectos tributarios (SSTS de 27 de septiembre de 2000 , 25 de abril de 2002 , 26 de mayo de 1993 y 29 de junio de 2006). Esto no ocurre cuando la existencia de la obligación tributaria constituye una cuestión que puede considerarse accesoria (v. gr., SSTS 10 de febrero de 1992 , 5 de marzo de 2001 , 25 de junio de 1992 , 19 de diciembre de 2003 , 15 de noviembre de 2005 , 27 de octubre de 2005 , 31 de mayo de 2006 y 12 de julio de 2006 , 29 de septiembre de 2006 , 6 de marzo de 2007). En idéntico sentido se ha pronunciado el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (sentencias de 7 de julio de 1989 y 17 de noviembre de 1989).

En conclusión, no se acepta el motivo de casación que se refiere directamente a la existencia de la obligación tributaria del pago del IVA. No corresponde a esta Sala, que podría llevar a contradicción con la jurisdicción competente, la declaración de exención del pago del IVA a la entidad recurrente. Por tanto, procede la desestimación del motivo.

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

FALLAMOS

Primero .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de "VIAJES IBERIA, S.A.", contra la sentencia dictada por la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en fecha 20 de marzo de 2009 , que SE CONFIRMA.

Segundo .- Se condena al pago de las costas a la parte recurrente.

Tercero.- Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Juan Antonio Xiol Ríos**.-**Francisco Marin Castan**.-**Jose Antonio Seijas Quintana**.- **Francisco Javier Arroyo Fiestas**.-**Roman Garcia Varela**.-**Xavier O'Callaghan Muñoz**.- **FIRMADA Y RUBRICADA**. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.