



Roj: **STS 641/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:641**

Id Cendoj: **28079110012017100111**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/02/2017**

Nº de Recurso: **2579/2013**

Nº de Resolución: **109/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 5536/2013,**
STS 641/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 17 de febrero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 14.ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Barcelona. El recurso fue interpuesto por la entidad Comercial Turbau S.A., representada por la procuradora Blanca Berriatua Horta. Es parte recurrida la entidad Banco de Sabadell S.A., representada por la procuradora Blanca María Grande Pesquero.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora Silvia García Vigne, en nombre y representación de la entidad Comercial Turbau S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Barcelona, contra la entidad Banco Sabadell Atlántico S.A., para que se dictase sentencia:

«por la que condene a la demandada en los siguientes términos:

1.- Que se declare la inexistencia del contrato financiero de fecha 21 de enero de 2008, y acuerde la nulidad y cancelación del mismo, o en su caso su resolución, así como se restituyan las cantidades satisfechas recíprocamente por ambas partes, más sus intereses legales, al no haber sido firmado por la demandante "Comercial Turbau, S.L." y, por consiguiente, no haber prestado consentimiento al contenido del mismo.

2.- Subsidiariamente, en el supuesto de no estimar la anterior solicitud, se acuerde la nulidad y cancelación, o en su caso resolución, del contrato financiero anteriormente referenciado, así como se restituya las cantidades satisfechas recíprocamente por ambas partes, más con sus intereses legales, al concurrir falta de causa contractual del demandante.

3.- Subsidiariamente, en el supuesto improbable de entender este Juzgado la existencia de consentimiento por ambas partes, que se declare la nulidad y cancelación, o en su caso resolución, del contrato financiero anteriormente referenciado, así como se restituya las cantidades satisfechas recíprocamente por ambas partes, más con sus intereses legales, al existir dolo y engaño en la comercialización de los mismos, con claro perjuicio económico hacia la actora.

4.- Subsidiariamente, en el supuesto de no estimar la anterior solicitud, se acuerde la nulidad y cancelación, o en su caso resolución, del contrato financiero anteriormente referenciado, así como se restituya las



cantidades satisfechas recíprocamente por ambas partes, más con sus intereses legales, al existir vicio en el consentimiento del demandante.

5.- Que se condene a la demandada al pago de las costas causadas y que se causen en este procedimiento».

2. La procuradora Marta Pradera Rivero, en representación de la entidad Banco de Sabadell S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«por la que se desestime íntegramente la referida demanda, imponiendo las costas a la demandante».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Barcelona dictó sentencia con fecha 20 de junio de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por Comercial Turbau S.L. contra Banco Sabadell, S.L., declaro la nulidad y cancelación del contrato financiero suscrito por los litigantes en fecha 21 de enero de 2008, por vicio del consentimiento de la demandante, debiendo procederse a la restitución de las cantidades satisfechas por ambas partes y abonar el interés legal desde la fecha de cada cobro hasta la de esta resolución y el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia hasta la del pago.

Se imponen al demandado las costas de esta instancia».

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Banco de Sabadell, S.A.

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 14.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante sentencia de 30 de mayo de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Banco de Sabadell S.A. contra la sentencia dictada en fecha 20 de junio de 2011 por el Juzgado de 1^a Instancia n.º 8 de Barcelona en los autos de los que el presente rollo dimana, debemos revocar y revocamos la misma y estimándose en parte la demanda instada por Comercial Turbau S.L. contra Banco de Sabadell S.A. procede absolver a la demandada de la petición de nulidad del contrato, y conforme a lo expuesto en el fundamento cuarto, queda limitado el importe nominal del contrato en la suma de 387.000 euros por lo que procederá ajustar las liquidaciones a dicha suma, todo ello sin expresa condena en costas de las causadas en ambas instancias a ninguna de las partes».

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. La procuradora Silvia García Vigne, en representación de la entidad Comercial Turbau S.A., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 14.^a.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Contradicción entre las Audiencias Provinciales».

2. Por providencia de 4 de noviembre de 2013, la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 14.^a, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Comercial Turbau S.A., representada por la procuradora Blanca Berriatua Horta; y como parte recurrida la entidad Banco de Sabadell S.A., representada por la procuradora Blanca María Grande Pesquero.

4. Esta sala dictó auto de fecha 29 de junio de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Comercial Turbau S.A. contra la sentencia dictada, el día 30 de mayo de 2013, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14.^a), en el rollo de apelación n.º 855/2011, dimanante del juicio ordinario n.º 1659/2010, del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Barcelona».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco de Sabadell, S.A., presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 2 de febrero de 2017, en que ha tenido lugar.

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.

Comercial Turbau, S.L., por medio de su administrador Carlos Antonio , concertó con Banco Sabadell un COMOF, el 21 de enero de 2008, y más tarde, precedido de un avance de información, un swap de tipos de interés sobre un notional de 500.000 euros. La fecha de inicio era el 1 de febrero de 2008 y la de terminación el 1 de febrero de 2013.

El 31 de enero de 2008, el administrador de Comercial Turbau, S.L. realizó el test de conveniencia.

Las liquidaciones correspondientes a los cuatros primeros trimestres fueron positivas (115,02 euros, 716,63 euros, 878,64 euros y 637 euros), y las posteriores negativas (2.766,65 euros, 3.688,02 euros, 4.285,84 euros, 4.509,55 euros, 4.581,59 euros, 4.589,18 euros).

2. En la demanda que da inicio al presente procedimiento, Comercial Turbau, S.L. pidió la nulidad del contrato de swap por falta de consentimiento y por inexistencia de causa. También acumuló de forma subsidiaria la acción de nulidad por error vicio. Junto con la declaración de nulidad, pidió la restitución de las prestaciones.

3. La sentencia de primera instancia estimó la demanda. Apreció el incumplimiento de los deberes de información que la normativa MiFID imponía a las empresas que comercializaban productos financieros complejos, y entendió que este incumplimiento había propiciado que el swap se firmara con error vicio. Este error por ser sustancial, relevante y excusable, determinaba la nulidad del contrato. La sentencia también acordó la restitución de las prestaciones.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Banco Sabadell. La Audiencia, después de invocar la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2012, concluye que en este caso «no se ha probado por la actora el error en el consentimiento, que, conforme a la carga de la prueba le corresponde a la actora (art. 217 LEC)». Luego razona que el documento en el que se instrumentó el contrato es claro y basta su lectura para conocer su contenido. Además, advierte que existió información precontractual, a juzgar por el documento que se le entregó al cliente, y, en cualquier caso, dispuso de tiempo para asesorarse. Luego, añade que «aunque la actora fuera calificada de cliente minorista distinto a profesionales de las finanzas no por ello cabe concluir que el producto no sea adecuado a su interés ni que tuviera conocimientos suficientes para entender el contenido y alcance del contrato».

No obstante, y por ello estima en parte el recurso, «limita la responsabilidad o cuantía a que se contrae el contrato de autos, es decir el importe de las hipotecas a las que ha de entenderse vinculado, y que ascienden a un total de 387.000 euros». Por ello, estima en parte la demanda y, después de desestimar la petición de nulidad del contrato, limita su importe nominal a la suma de 387.000 euros y ordena ajustar las liquidaciones a dicha suma.

5. La sentencia de apelación es recurrida en casación por Comercial Turbau, S.A., en un escrito en el que no se hace mención a ningún motivo de casación, ni se identifica la norma jurídica infringida, en la que debería basarse el recurso.

Banco Sabadell, en su escrito de oposición al recurso, advierte que el recurso está mal planteado, lo que impide que pueda llevarse a cabo la revisión en casación, pues «lo único que parece pedir la recurrente es un *novum iudicium* sobre la cuestión, al no mencionar más que el contrato, unos hechos que no han sido considerados probados ni en primera ni en segunda instancia y que ahora pretende que sean valorados en casación alegando que la sentencia recurrida es contradictoria con otra de otras audiencias y que versan sobre supuestos distintos al de autos».

Esta objeción será examinada al analizar el motivo de casación.

SEGUNDO. Recurso de casación

1. *Formulación del motivo.* Propiamente no existe motivo de casación. El escrito de interposición del recurso no lo menciona. Tan sólo hace referencia a la contradicción entre Audiencias Provinciales. Además, se cuestiona la valoración de la prueba.

Así, la primera alegación del recurso comienza con lo siguiente:

«Entiende esta parte que la sentencia ahora recurrida no se ajusta a derecho, dicho sea en término de estricta defensa, habida cuenta que ha entrado a valorar, entre otras cuestiones, hechos no relevantes que han incidido notoriamente en la resolución en contra de mi representada».



También, entre las alegaciones, se encuentra una denuncia de infracción de defectos procesales, y se propugna una nueva valoración de la prueba. En la última alegación, al margen de lo expuesto, extrae unas consecuencias jurídicas de la prueba practicada y de la simple lectura del contrato.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. Desestimación del motivo. En la formulación del motivo de casación hay una exigencia mínima e ineludible que es la identificación de la norma o normas que resultaban aplicables en la resolución de las cuestiones objeto de controversia.

La referencia a la contradicción entre Audiencias sirve para justificar el interés casacional, pero eso no es propiamente el motivo del recurso. El recurso, según el art 477 LEC, ha de basarse en una concreta infracción de una determinada norma jurídica aplicable en la resolución de las cuestiones objeto de infracción. Y como ha venido insistiendo esta sala, es esencial identificar esa norma jurídica infringida al exponer el motivo de casación.

En este caso, el recurso ni menciona cuál es el motivo, ni mucho menos identifica, como debía hacerlo para que pudiera ser admitido, la norma sustantiva, jurisprudencia o principio general del derecho aplicable para la resolución del caso, que hubiera sido infringida.

El recurso, después de una genérica referencia a la contradicción entre Audiencias Provinciales, realiza una serie de alegaciones, más propias de la instancia que del recurso de casación. No se identifica, como ya hemos advertido, el motivo del recurso de casación ni cuál sería la norma jurídica infringida. Además, en su argumentación, no respeta los hechos probados fijados por la sentencia recurrida, y contradice la valoración de la prueba practicada por la Audiencia, lo que es ajeno al recurso de casación.

En conclusión: procede desestimar el motivo porque no se identifica la norma jurídica infringida que justifica el recurso, y además no se respetan los hechos probados declarados por la sentencia recurrida.

TERCERO.- Costas

Desestimado el recurso de casación, imponemos a la parte recurrente las costas del recurso (art. 398.1 LEC).

FALLO

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

1.º- Desestimamos el recurso de casación formulado por Comercial Turbau, S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 14ª) de 30 de mayo de 2013, que conoció de la apelación (rollo 855/2011) formulada contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Barcelona de 20 de junio de 2011 (juicio ordinario 1659/2010). **2.º-** Imponemos las costas de la casación a la parte recurrente con pérdida del depósito constituido para recurrir. Y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.