



Roj: **STS 1628/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1628**

Id Cendoj: **28079110012017100247**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/04/2017**

Nº de Recurso: **2285/2013**

Nº de Resolución: **260/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP PO 1925/2013,**
STS 1628/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 26 de abril de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 23 de julio de 2013, dictada en recurso de apelación núm. 133/2012, de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 147/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Vigo; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por la entidad Promociones Turísticas Jacobeas S.A., representado por el procurador D. Benito Escudero Estévez, bajo la dirección letrada de D. Juan Ignacio Navas Marqués, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador D. Arguimiro Vázquez Guillén en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la entidad mercantil NCG Banco S.A. representado por el procurador D. Enrique Auberson Quintana-Lacaci bajo la dirección letrada de D. José Ignacio Canle Fernández. Se hace constar que por el mismo recurrente se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal que no fue admitido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- Promociones Turísticas Jacobeas S.A., representado por el procurador D. Benito Escudero Estévez y asistido del letrado D. Juan Ignacio Navas Marqués, interpuso demanda de juicio ordinario contra Caja de Ahorros de Galicia (Caixa Galicia) y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se:

«Tuviera por formulada demanda de juicio ordinario contra la entidad Caja de Ahorros de Galicia (Caixa Galicia) solicitando la nulidad del contrato marco para cobertura de operaciones financieras de fecha 22 de febrero de 2007 y de la confirmación de cobertura de tipos de interés o anexo a contrato marco de fecha 23 de febrero de 2007 suscritos con la entidad demandada por no haber emitido el cliente un consentimiento válido, prestado por error y por haber actuado la demandada con abuso de derecho y, en virtud de dicho pronunciamiento que se postula, se declare la nulidad de los contratos de fecha 22 y 23 de febrero de 2007 condenando a la demandada a reintegrar a la actora las cantidades cobradas a la actora por la demandada como consecuencia del funcionamiento de los contratos cuya nulidad se postula, con indemnidad del derecho de la demandada a que se le abonen las cantidades pagadas a la actora durante la vigencia de los contratos cuya nulidad se postula; subsidiariamente y para el caso de que no fuese declarada la nulidad de los referidos contratos, se declare que la vigencia de los contratos suscritos entre la actora y la demandada es de duración de un año desde su inicio en fecha de 28 de febrero de 2007, pudiendo ser prorrogados tácitamente o, revocándolos y dejándolos sin efecto con un aviso previo de un mes de antelación por cualquiera de las partes contratantes, declarando y modificando la cláusula del contrato de las condiciones particulares de fecha 23 de febrero



de 2007, relativa a las condiciones de la operación y estableciendo una fecha de inicio de 28 de febrero de 2007 y una fecha de vencimiento de 28 de febrero de 2008, pudiendo las partes contratantes prorrogar tácitamente los referidos contratos o cancelarlos con un preaviso de un mes de antelación, condenando a la parte demandada a estar y pasar por dichas declaraciones, más los intereses legales desde su reclamación, con expresa imposición de costas a la parte demandada».

2.- El demandado Caja de Ahorros de Galicia contestó a la demanda, actuando en su representación el procurador D. Francisco Javier Toucedo Rey y bajo la dirección letrada de Dña. Elisa Leirado González, y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Desestimando íntegramente la demanda, todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandante».

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Vigo se dictó sentencia, con fecha 30 de noviembre de 2010, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Estimando íntegramente la demanda promovida por la representación de Promociones Turísticas Jacobeas S.A. contra Caixa Galicia, debo declarar y declaro la nulidad del contrato marco para cobertura de operaciones financieras, de fecha 22 de febrero de 2007, y de la confirmación de cobertura de tipos de interés o anexo a contrato marco, de fecha 23 de febrero de 2007, suscritos entre las partes, por concurrir error invalidante en el consentimiento prestado por la demandante; debiendo ambas partes restituirse recíprocamente lo percibido en virtud de los citados contratos durante la vigencia de los mismos.

»Se hace expresa imposición a la demandada de las costas procesales».

4.- Contra la sentencia se interpuso recurso de apelación por la demandada y la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra dictó sentencia en fecha 28 de abril de 2011 cuyo fallo dispone:

«Declaramos la nulidad de actuaciones, y acordamos la reposición de los autos de juicio ordinario tramitados con el número 131/2010 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de esta ciudad al momento del juicio a fin de que se lleve a cabo la práctica de la prueba que fuera registrada en el primer CD, a la que se ha hecho referencia en el segundo de los fundamentos jurídicos de esta resolución. No se hace condena en costas».

5.- Devueltas las actuaciones se practicaron las diligencias pertinentes de conformidad con lo ordenado por la Audiencia y se dictó nueva sentencia en fecha 30 de septiembre de 2011 cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

«Estimando íntegramente la demanda promovida por la representación de Promociones Turísticas Jacobeas S.A. contra Caixa Galicia, debo declarar y declaro la nulidad del contrato marco para cobertura de operaciones financieras, de fecha 22 de febrero de 2007, y de la confirmación de cobertura de tipos de interés o anexo a contrato marco, de fecha 23 de febrero de 2007, suscritos entre las partes, por concurrir error invalidante; debiendo ambas partes restituirse recíprocamente lo percibido en virtud de los citados contratos durante la vigencia de los mismos. Se hace expresa imposición a la demandada de las costas procesales».

6.- Por fusión, documentada por el procurador, Caixa Galicia pasa a denominarse Caixa de Ahorros de Galicia, Vigo, Ourense y Pontevedra (NovaCaixaGalicia NCG), personándose con esta denominación en la preparación del recurso de apelación.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra dictó sentencia, con fecha 23 de julio de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que con estimación del recurso de apelación formulado por NCG Banco S.A., representada por el procurador Sr. Toucedo Rey, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Vigo el día 30 de septiembre de 2011, desestimamos la demanda rectora de este pleito, sin hacer una especial declaración sobre las costas procesales de ninguna de las dos instancias».

TERCERO.- 1.- Por Promociones Turísticas Jacobeas S.A. se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Al amparo del art. 477.2.3.º LEC por infracción del art. 79 de la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores y de los arts. 15, 16 y art. 5.3 del anexo I Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo al considerar que la sentencia recurrida infringe la referida normativa y existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre dicha normativa acerca de la información que debe proporcionar la entidad a los clientes a la hora de ofertar contratos como el objeto de litigio y la actuación que deben de tener las entidades bancarias: infracción de los criterios de diligencia, transparencia, imparcialidad y buena fe que deben presidir relaciones entre entidad bancaria y cliente. No se facilita al cliente información sobre la naturaleza y



complejidad del contrato objeto de litigio. No se facilita información acerca de las previsiones y estudios de la evolución de los tipos de interés ni del cálculo de las liquidaciones ni del precio de cancelación. No se facilita documentación ni folleto informativo con carácter previo a la firma de los contratos.

Motivo segundo.- Al amparo del art. 477.2.3.º LEC por infracción de los arts. 1261 , 1265 y 1104 del CC al considerar que la sentencia recurrida infringe dichos preceptos y existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales acerca de la «diligencia exigible» al cliente: distinción «diligencia profesional» exigible entidad bancaria.

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 21 de diciembre de 2016 , se acordó inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal y admitir únicamente el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso de casación y evacuado el traslado conferido el procurador D. Enrique Auberson Quintana-Lacaci, en nombre y representación de Abanca Corporación Bancaria S.A., presentó escrito de oposición al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 19 de abril de 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Antecedentes .

1. La demanda.

La demanda se interpone por una sociedad anónima contra el banco (NCG Banco, S.A.), sobre nulidad del contrato marco y confirmación del swap.

Contratos suscritos en febrero de 2007.

[Subsidiariamente se solicita que se declare que se pactó una duración de un año, prorrogable tácitamente salvo preaviso de un mes.

Este tema queda fuera de la casación].

2. La sentencia de primera instancia.

Estimó la demanda. Declaró que el cliente no recibió información suficiente, que no se facilitó folleto informativo, que la información no podía deducirse de la compleja redacción del contrato y que el demandante no tenía formación suficiente para comprender la naturaleza del producto adquirido, el cual no era un producto adecuado a sus intereses.

3. La sentencia de segunda instancia.

Estimó el recurso de apelación del banco demandado y desestimó la demanda.

Esta sentencia excluye el error porque:

- El clausulado del contrato describe el producto.
- Hay advertencias sobre el riesgo.
- El cliente tuvo en poder los contratos antes de la firma y pudo leerlos y buscar asesoramiento.
- El cliente tiene más de 20 años de experiencia en el ámbito empresarial.
- La percepción de liquidaciones positivas es un acto propio y demuestra que se conocía el funcionamiento del producto.

4. El recurso de casación.

Se interponen por la sociedad anónima demandante en base al interés casacional por existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre:

- Alcance del deber de información del banco al cliente.
- Diligencia exigible al cliente.

SEGUNDO .- Causas de inadmisibilidad.



El recurrido alega que a otra empresa del mismo grupo se le inadmitió el recurso por esta sala, en auto de 2 de octubre de 2016 (Recurso 656/2013), al considerar que por la envergadura de la sociedad, su objeto social y asesoramiento externo se podía deducir que conocía la naturaleza del producto.

Igualmente alega que el recurrente incurre en supuesto de la cuestión dado que la sentencia en su FDD tercero declaró:

«A modo de recapitulación, y al dar por acreditado que la parte demandante tenía amplio y cabal conocimiento del producto financiero contratado y de los riesgos que el mismo generaría para ella en el escenario bajista de mercados de intereses, no puede aceptarse su tesis, de que consintió en ese producto movido por el error esencial en el consentimiento. Se acoge, consiguientemente, el motivo del recurso de la parte demandada, y se desestima la pretensión de nulidad del contrato, propugnada en la demanda, tanto por la falta de información como por la actuación abusiva de la demandada, no siendo de apreciar, en fin, el abuso en quien, como esta última parte litigante, y por una parte, se limitó a ejercitar los derechos que el contrato le reconocía, y por otra, tiene como límite cuantitativo del 4,75% al abono por la demandante, porcentaje pactado expresamente en la confirmación con el contrato».

También opone el recurrido que en la sentencia se declara:

«Debe destacarse, en tercer término, que no estamos ante una persona totalmente ajena a los ámbitos empresarial, bancario y financiero sino que, muy contrariamente, nos hallamos ante una sociedad, la actora, con más de veinte años de antigüedad, que pertenece a un entramado de empresas dedicadas a la hostelería, que desarrollan sus actividades no sólo en España, con un importante volumen de negocio y de endeudamiento (por ejemplo, el préstamo con garantía hipotecaria concertado con la hoy demandada se eleva a 2.500.000.- euros), y que disponía al tiempo de su constitución de un capital social de cerca de los setecientos millones de las antiguas pesetas -folio 259 vuelto- ampliado en el año 2002 a más de diez millones de euros -folios 236 vuelto y 237-».

Opone el recurrido que se efectúa una cita indiscriminada de preceptos.

TERCERO - *Decisión de la sala sobre las causas de inadmisibilidad* .

El recurrente basa su impugnación, esencialmente en el art. 79 de la Ley de Mercado de Valores, al no facilitarse al cliente la información debida y en los arts. 1261 y 1265 del C. Civil, pues entiende que concurre error excusable.

Al plantear estas cuestiones jurídicas, el recurrente olvida los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, cuales son que «tenía amplio conocimiento del producto financiero contratado y de los riesgos que el mismo generaría para ella en el escenario bajista de mercados de intereses...».

Igualmente declara probado la sentencia recurrida que la demandante pertenece a un entramado de empresas dedicado a la hostelería, con importante volumen de negocio, con amplio capital social, con actividad en varios países y con una actividad empresarial de más de veinte años.

Ante estos asertos probatorios no procede introducir la posible existencia de error excusable ni la pretendida falta de información, pues los hechos en los que podrían sustentarse han quedado desacreditados en la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida, ya que se da por probado que el recurrente contaba con formación e información mas que suficiente, lo que permite descartar el error en la contratación del swap.

Por tanto, estos motivos deben inadmitirse al hacer supuesto de la cuestión, que consiste en «partir de un supuesto de hecho distinto del que ha declarado probado la sentencia de instancia, ya que la casación no es una tercera instancia que permita revisar la cuestión fáctica, sino que se concreta al control de la correcta aplicación del ordenamiento jurídico» tal como dice la sentencia de 5 de noviembre de 2009, lo que ha sido reiterado por las de 20 de noviembre de 2009, 13 de octubre de 2010, 15 de abril de 2011, 13 de mayo de 2011, 16 de junio de 2011 y 12 de julio de 2011.

Por idéntica razón no concurre interés casacional, pues la sentencia recurrida no infringe la doctrina jurisprudencial.

CUARTO - Se imponen al recurrente las costas de la casación, con pérdida del depósito constituido para recurrir (arts. 394 y 398 LEC).

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

esta sala ha decidido



1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Promociones Turísticas Jacobeas S.A. contra sentencia de 23 de julio de 2013, recurso de apelación núm. 133/2012, de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con sede en Vigo . 2.º- Se confirma la sentencia en todos sus extremos. 3.º- Se imponen al recurrente las costas de la casación, con pérdida del depósito constituido para recurrir. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ