



Roj: **STS 1893/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1893**

Id Cendoj: **28079110012017100289**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/05/2017**

Nº de Recurso: **2443/2013**

Nº de Resolución: **303/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 10068/2013,**  
**STS 1893/2017**

## **SENTENCIA**

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

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 421/11, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 27 de Barcelona; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Jon y doña Eva María, representados ante esta sala por la procuradora de los Tribunales doña Blanca Berriatúa Horta; siendo parte recurrida Caixa Galicia, representada por el procurador de los Tribunales don Rafael Silva López.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.- 1-** La representación procesal de don Jon y doña Eva María, interpuso demanda de juicio ordinario contra la entidad financiera Caixa Galicia y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se acuerde lo siguiente:

«1.- Que se declare la **INEXISTENCIA** y **NULIDAD** de los siguientes contratos financieros:

»-7 de Marzo de 2.008 n.º NUM000

»-27 de Abril de 2.009 n.º NUM001

»-31 de Octubre de 2.007 NUM002

»-7 de Marzo de 2.008 no NUM003

»2.- Que se acuerde la **CANCELACIÓN** de los contratos formalizados en fechas 27 de Abril de 2009 n.º NUM001, 31 de Octubre de 2.007 n.º NUM002 y 7 de Marzo de 2008 no NUM003 (el contrato de 7 de Marzo de 2008 ya se encuentra cancelado).

»3.- Que se acuerde la **RESTITUCIÓN** de las cantidades satisfechas recíprocamente por ambas partes, más con sus intereses legales, al **NO HABER SIDO FIRMADO** por los demandantes **DON Jon** y **DOÑA Eva María** y, por consiguiente, no haber prestado consentimiento al contenido de los mismos.

»2.- (sic) Subsidiariamente, en el supuesto de no estimar la anterior solicitud, se acuerde la **NULIDAD** de los contratos financieros anteriormente referenciados, así como se restituye 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 de los contratos financieros anteriormente referenciados, 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 de los contratos financieros anteriormente referenciados, 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.-** Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la demandada contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que dicte

«Sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, absolviendo a mi mandante de todos los pedimentos formulados en su contra, con imposición de costas a la actora.»

**3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 27 de Barcelona, dictó sentencia con fecha 24 de febrero de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

«QUE ESTIMANDO LA DEMANDA formulada a instancia de D. Jon y D<sup>a</sup> Eva María , representados por la Procuradora Sra. García Vigne, contra CAIXA GALICIA, en la actualidad Caixa de ahorros de Galicia, Vigo, Orense e Pontevedra, Nova Caixa Galicia, declaro la nulidad de los contratos de cobertura de hipoteca de 7 de marzo de 2008 n.º NUM000 , 27 de abril de 2009 n.º NUM001 , 31 de octubre de 2007 n.º NUM002 y, de 7 de marzo de 2008 n.º NUM003 , por lo que deberán las partes restituirse recíprocamente las cantidades abonadas con sus intereses legales. Con imposición de las costas causadas a la parte demandada.»

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la demandada y, sustanciada la alzada, la sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 10 de septiembre de 2013, cuyo Fallo es como sigue:

«Que ESTIMANDO el recurso de apelación formulado por la demandada Caixa Galicia, se REVOCA la Sentencia de 24 de febrero de 2012 dictada en los autos n.º 421/11 del Juzgado de Primera Instancia n.º 27 de Barcelona, acordando en su lugar la DESESTIMACIÓN de la demanda formulada por D. Jon y D<sup>ña</sup>. Eva María , con imposición de las costas de la primera instancia a la parte demandante, sin expresa imposición de las costas del recurso de apelación.»

**TERCERO.-** La procuradora doña Silvia García Vigne, en nombre y representación de don Jon y de doña Eva María , interpuso recurso de casación por interés casacional, alegando la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, fundado en la infracción de los artículos 1726 CC, 255 y 264 del Código de Comercio.

**CUARTO.-** Por esta Sala se dictó auto de fecha 21 de septiembre de 2016 por el que se acordó la admisión del recurso y dar traslado del mismo a la parte recurrida, Abanca Corporación Bancaria S.A. que se opuso a dicha admisión y, en su caso, a su estimación mediante escrito presentado en su nombre por el procurador don Rafael López Silva.

**QUINTO.-** Por providencia de 6 de marzo del presente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día 25 de abril de 2017, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Los demandantes don Jon y doña Eva María ejercitaron una acción de nulidad respecto de cuatro contratos swap celebrados con la demandada Caixa Galicia, hoy Abanca Corporación Bancaria S.A.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 27 de Barcelona dictó sentencia de fecha 24 de febrero de 2012 por la cual estimó la demanda, si bien la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, revocó aquella sentencia y desestimó la demanda.

La sentencia dictada por la Audiencia se apoya fundamentalmente en los siguientes razonamientos:

«(...) En este caso, en los cuatro contratos de cobertura sobre hipoteca concertados entre las partes, entre los años 2007 y 2009, aparecen claramente expresados la naturaleza de los contratos, su objeto, y las condiciones



de los mismos, de modo que las permutas financieras concertadas implican la realización de liquidaciones en sucesivos períodos, coincidentes con los períodos de liquidación de los préstamos hipotecarios, en función de las variaciones de los tipos de interés, por lo que si el tipo de referencia, que en los cuatro contratos es el Euribor hipotecario, baja por debajo de los tipos pactados, da lugar a una liquidación negativa para el cliente; pero si el Euribor sube por encima de los tipos pactados, la liquidación es positiva para el cliente. (...) Por lo demás, no ha sido practicada ninguna prueba que permita alcanzar la conclusión probatoria de que por la entidad de crédito, o sus empleados, se desplegara cualquier mecanismo engañoso captatorio de la voluntad de la otra parte contratante, no habiendo constancia de que el banco tuviera conocimiento, entre octubre de 2007 y marzo de 2008, de la bajada de tipos que habría de producirse en el año 2009, lo cual integraría un supuesto de dolo malicioso según la reciente Sentencia del Tribunal Supremo nº 683/2012, de 21 de noviembre de 2012 (Casación nº 1729/2010)».

Dicha sentencia ha sido recurrida en casación por los demandantes.

**SEGUNDO.-** El recurso denuncia la infracción del artículo 1726 del Código Civil, relativo al contrato de mandato, en relación con los artículos 255 y 264 del Código de Comercio, relativos a la comisión mercantil.

Alega la parte recurrente que la jurisprudencia contradictoria en que se funda el interés casacional, en materia de «contratos de permuta financiera» y, más concretamente, en las circunstancias en las que se comercializó con los demandantes los contratos que son objeto del presente pleito, se encuentra en dos sentencias de la misma Sala (sección 14.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona), que -según se sostiene en el recurso- entran en evidente contradicción con el fallo de la Sentencia que ahora se recurre. Son las siguientes: 1) Sentencia n.º 243/2012 de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 14.ª, de 3 de Mayo de 2012 (Rec. 582/2011), por cuanto la sala considera en tal caso que no se ha cumplido el deber de información precontractual por parte de la entidad financiera; y 2) Sentencia n.º 348/2012 de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 14.ª, de 8 de Junio de 2012 (Rec. 141/2011), ya que en tal caso la sala considera que se trata de un contrato complejo y que se ha producido por parte del actor un error sustancial e invalidante en el consentimiento que vicia el mismo, al no haber sido debidamente informado de los riesgos que conllevaba el producto contratado.

Con tales presupuestos, el motivo debe ser desestimado. En primer lugar, como ha puesto de manifiesto la parte recurrida, plantear en casación la infracción de las normas reguladoras del contrato de mandato y de la comisión mercantil es cuestión nueva, ya que nunca se ha planteado en el procedimiento la existencia de una infracción de ningún contrato de mandato o comisión. No se alegó que a la demandada se le hubiera encargado llevar a cabo inversiones en nombre de la actora, sino que el planteamiento efectuado como constitutivo del pretendido error y que se enjuició en primera instancia fue una falta de información suficiente en la contratación de unos instrumentos financieros derivados, con función de cobertura y vinculados a unos préstamos hipotecarios.

Por tanto, la cita como infringidos de los artículos a que se refiere la parte recurrente no puede llevar a la estimación del motivo y a la declaración de nulidad por error de los contratos celebrados.

En igual sentido, las sentencias que se han citado de la sección 14.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona no establecen doctrina alguna en relación con los artículos que se citan como infringidos -referidos al contrato de mandato y a la comisión mercantil- sino que se refieren al error que es consecuencia de un defecto de información contractual; cuando además -y de forma contraria- la sentencia impugnada ha declarado que dicha información existió en el caso y fue suficiente.

**TERCERO.-** La desestimación del recurso de casación conlleva la condena en costas a la parte recurrente ( artículos 394 y 398 LEC), así como la pérdida del depósito constituido para su interposición ( Disposición adicional 15.ª, apartado 9 LOPJ).

## FALLO

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 formulado por don Jon y de doña Eva María contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 13.ª), con fecha 10 de septiembre de 2013, en el Rollo de Apelación núm. 546/12. **2.º-** Confirmar la sentencia recurrida. **3.º-** Condenar a los recurrentes al pago de las costas con pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso. 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.