



Roj: **STS 5234/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5234**

Id Cendoj: **28079110012016100690**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/11/2016**

Nº de Recurso: **1617/2013**

Nº de Resolución: **714/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 2668/2013,**  
**STS 5234/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 29 de noviembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por PGN 1994, Ingesistemas Audiovisuales S.L., representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Francisca Amores Zambrano, bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Carmen Gonzalo Ramallo, contra la sentencia n.º 207/2013, de 9 de mayo, dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el recurso de apelación núm. 9018/2012, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1912/2010, del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Sevilla. Ha sido parte recurrida Banco Popular Español S.A., representada por la procuradora D.<sup>a</sup> María José Bueno Ramírez y bajo la dirección letrada de D. Jaime Mazuecos Durá.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> Ana Asensio Vegas, en nombre y representación de PGN 1994, Ingesistemas Audiovisual S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Popular Español S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que estimando la demanda declare:

- La nulidad del contrato Marco de Operaciones Financieras de fecha 2 de agosto de 2007, así como los Anexos I y II y Suplemento de la misma fecha y la Confirmación del mismo de fecha 4 de octubre de 2007 por vicio en el consentimiento, con la consecuente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, que se concreta a la fecha de la presentación de esta demanda en OCHENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y UN EUROS CON OCHENTA Y UN CÉNTIMOS (87.461,81 ?) que PGN 1994 INGESISTEMAS AUDIOVISUAL debe restituir a Banco Popular, y ello para que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador.

Todo ello con expresa condena en costas a la demandada».

2.- La demanda fue presentada el 10 de octubre de 2010 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Sevilla, fue registrada con el núm.1912/2010 . Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Mauricio Gordillo Cañas, en representación de Banco Popular Español S.A, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:



«[...] dicte en su día Sentencia por la que desestime íntegramente dicha demanda con imposición a la demandante de las costas procesales causadas».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Sevilla dictó sentencia n.º 192/2012, de 12 de julio, con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Que estimando sustancialmente la demanda formulada por PGN 1994 INGESISTEMAS AUDIOVISUAL S.L. vs. BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. declaro la NULIDAD del Contrato Marco De Operaciones Financieras suscrito por las partes litigantes en fecha 2 de agosto de 2.007, así como los Anexos I y II y Suplemento de la misma fecha y la confirmación del contrato vinculado Swap Apalancado de fecha 4 de octubre de 2.007, suscritos por las partes, y de cualquier convenio derivado de los anteriores, debiendo las partes restituirse recíprocamente las prestaciones económicas realizadas durante el período de vigencia de los mismos, más los intereses devengados por las sumas resultantes al tipo legal computado desde el momento de su liquidación, conforme a lo que se determine en ejecución de Sentencia, y todo ello con expresa condena en costas procesales a la parte demandada».

**SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco Popular Español S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Sevilla, que lo tramitó con el número de rollo 9018/2012 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia n.º 207/2013, de 9 de mayo, cuya parte dispositiva dice:

«FALLAMOS: Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Sevilla con fecha 18 de julio de 2012 en el Juicio Ordinario n.º 1912/10, revocamos la Sentencia apelada, desestimamos la demanda interpuesta por PGN 1994 INGESISTEMAS AUDIOVISUAL, S.L. contra la ahora recurrente, y condenamos a esa actora al pago de las costas causadas en la primera instancia.

Sobre las causadas en esta segunda no hacemos pronunciamiento expreso[...].».

**TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.*

1.- La procuradora D.ª Ana María Asensio Vegas, en representación de PGN 1994 Ingesistemas Audiovisual S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«Al amparo del artículo 469.1.4º LEC por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución ».

El motivo del recurso de casación fue:

«Por infracción del artículo 1265 y 1266 del Código Civil y al amparo del art. 477.1 y 2 apartado 3º por interés casacional por existir jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales sobre la cuestión debatida».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 29 de junio de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la entidad PGN 1994 Ingesistemas Audiovisual, S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 9 de mayo de 2013, por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 8ª, en el rollo de apelación n.º 9018/2012, dimanante del juicio ordinario 1912/2010, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Sevilla».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 10 de octubre de 2016, se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 10 de noviembre de 2016, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Resumen de antecedentes.**

1.- El 2 de agosto de 2007, Banco de Andalucía, S.A. (actualmente, Banco Popular, S.A.) y PGN 1994 Ingesistemas Audiovisual, S.L. (en adelante, PGN) suscribieron un contrato marco de operaciones financieras (CMOF).

2.- El 4 de octubre de 2007, las mismas partes celebraron un contrato denominado «Confirmación de Swap Apalancado», con un nominal de 5.000.000 €, fecha de inicio 6 de agosto de 2007 y vencimiento el 6 de agosto de 2010.

En la misma fecha, suscribieron un contrato denominado «Put con barrera», con igual nominal y fechas de inicio y vencimiento que el swap. Se establecía como subyacente las acciones del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, con un precio inicial de 17,91 € y un precio final de 17,0145 €. Se estipulaba que si, en cualquier momento de la vida del contrato, el precio negociado en el mercado de referencia del subyacente (acciones BBVA) era igual o superior a la barrera (18,80 €), quedaba sin efecto la liquidación.

3.- En el desarrollo del contrato de swap, se produjeron diversas liquidaciones negativas para el cliente por importe de 139.713,89 €. Asimismo, por liquidación del put con barrera, debería haberse abonado 1.912.927,21 €.

4.- PGN formuló demanda contra Banco Popular, en la que solicitó la nulidad de los contratos CMOF y Swap, por vicio del consentimiento, con restitución de las prestaciones.

5.- El juzgado dictó sentencia en la que consideró resumidamente: (i) En los contratos litigiosos concurrieron consentimiento y objeto; (ii) Por el contrario, no existió causa negocial lícita, lo que provoca la nulidad radical de ambos contratos. Razones por las cuales, estimó la demanda y declaró la nulidad de los dos indicados contratos.

6.- Interpuesto recurso de apelación por la entidad bancaria, fue estimado por la Audiencia Provincial, por las siguientes y resumidas razones: (i) La sentencia de primera instancia incurre en incongruencia, puesto que en la demanda no se había formulado pretensión de nulidad por falta de causa; (ii) En todo caso, el contrato de swap sí tiene causa lícita, basada en el interés concurrente de ambas partes en cubrirse ante las oscilaciones de las operaciones concertadas a interés variable; (iii) Tampoco se aprecia la existencia de error vicio invalidante del consentimiento. Como consecuencia de lo cual, al estimar el recurso de apelación, desestimó la demanda.

**Recurso extraordinario por infracción procesal.**

**SEGUNDO.-** *Motivo único de infracción procesal. Error patente en la valoración de la prueba, con incidencia constitucional.*

*Planteamiento:*

1.- PGN formuló un único motivo de infracción procesal, al amparo del art. 469.1.4º LEC, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, plasmado en el art. 24.1 CE.

2.- En el desarrollo del motivo, se alega resumidamente que la Audiencia Provincial no valora realmente ninguna prueba de la que se deduzca la inexistencia de error en la prestación del consentimiento.

*Decisión de la Sala:*

1.- En nuestro sistema procesal no cabe una tercera instancia. Para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso extraordinario de infracción procesal, con fundamento en el art. 469.1.4º LEC, debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. En relación con lo cual, el Tribunal Constitucional (TC) ha elaborado la doctrina del error patente en la valoración de la prueba, destacando su directa relación con los aspectos fácticos del supuesto litigioso. Así, por ejemplo, en las sentencias núm. 55/2001, de 26 de febrero, 29/2005, de 14 de febrero, 211/2009, de 26 de noviembre, 25/2012, de 27 de febrero, 167/2014, de 22 de octubre, y 152/2015, de 6 de julio, destacó que «concorre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración». Asimismo, en la mencionada sentencia núm. 55/2001, de 26 de febrero, el TC identificó los requisitos de necesaria concurrencia para que quepa hablar de una vulneración de la tutela judicial efectiva por la causa que examinamos y se refirió, en particular, a que el error debe ser patente, es decir, «inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia».

2.- A su vez, en las sentencias de esta Sala núm. 418/2012, de 28 de junio, 262/2013, de 30 de abril, 44/2015, de 17 de febrero, 235/2016, de 8 de abril, y 303/2016, de 9 de mayo (entre otras muchas), tras reiterar la



excepcionalidad de un control, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de segunda instancia, recordamos que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

3.- En este caso, la recurrente afirma que la sentencia recurrida ni siquiera llega a realizar una valoración probatoria propiamente dicha. Sin embargo, ello no es así; basta con leer el fundamento jurídico octavo de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial para comprobar que analiza la condición de profesional experto del administrador de la recurrente, que también lo es de otras sociedades mercantiles, y su silencio hasta julio de 2010, para concluir que no existió vicio invalidante del consentimiento.

Además, en contra de lo sostenido por la recurrente, la Audiencia Provincial tiene plenas facultades para revisar la valoración fáctica y jurídica realizada por el tribunal de primera instancia, puesto que ese es precisamente el objeto del recurso de apelación, como establece expresa y terminantemente el art. 456.1 LEC («nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo»).

Por lo que el recurso extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado.

#### **Recurso de casación.**

##### **TERCERO.- Único motivo de casación. Error en el consentimiento. Planteamiento.**

1.- PGN formuló un único motivo de casación, al amparo del art. 477.2.3º LEC, en el que denuncia la infracción de los arts. 1.265 y 1.266 CC, en relación con la jurisprudencia para apreciar la concurrencia de error vicio del consentimiento y la existencia de resoluciones contradictorias de Audiencias Provinciales.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que la resolución recurrida se opone a la jurisprudencia de esta Sala sobre los requisitos para la apreciación del error vicio del consentimiento y que en el caso litigioso hubo un déficit de información por parte de la entidad financiera que provocó dicho error en el cliente.

##### **CUARTO.- La posibilidad de revisar el pronunciamiento sobre el error vicio del consentimiento.**

1.- La sentencia de primera instancia descartó la existencia de error vicio invalidante del consentimiento, si bien, de manera incongruente, puesto que no había sido alegado en la demanda, apreció la existencia de nulidad de los contratos litigiosos por falta de causa lícita. En consecuencia, la pretensión de la parte actora relativa a la nulidad por error en la prestación del consentimiento quedó desestimada en primera instancia.

La parte demandada apeló la sentencia, pero la parte demandante no lo hizo, ni por la vía del recurso de apelación (art. 458 LEC), ni por la vía de la impugnación, una vez que la parte contraria sí apeló (art. 461.1 LEC). Pero es que no podía hacerlo, porque le faltaba el requisito del gravamen (art. 448.1 LEC), ya que la sentencia del Juzgado no contenía ningún pronunciamiento desestimatorio de la pretensión de la demandante que fuera susceptible de apelación o impugnación. La pretensión formulada en la demanda era que se declarase la nulidad del contrato y la sentencia de primera instancia estimó tal petición, si bien, de modo incongruente, puesto que modificó la *causa petendi*.

A su vez, la Audiencia Provincial, al apreciar que dicha sentencia era incongruente por haber alterado la *causa petendi*, entró a resolver sobre la nulidad por error vicio y concluyó que no había tal. En consecuencia, el demandante sí podía recurrir en casación la sentencia de la Audiencia Provincial.

2.- En su virtud, al haber sido objeto de revisión en apelación la pretensión relativa a la nulidad del contrato por error vicio del consentimiento, puede examinarse, a su vez, en esta sede casacional.

##### **QUINTO.- Invariabilidad de la base fáctica de las sentencias de instancia. Inexistencia de error en el consentimiento.**

1.- Es doctrina constante de esta Sala que la casación no constituye una tercera instancia y no permite revisar la valoración de la prueba realizada por los Tribunales de apelación, pues su función es la de contrastar la correcta aplicación del ordenamiento a la cuestión de hecho, que ha de ser respetada (sentencias núm. 142/2010, de 22 de marzo; 56/2011, de 23 febrero; 71/2012 de 20 febrero; 669/2012, de 14 de noviembre; 147/2013, de 20 de marzo; 5/2016, de 27 de enero; y 367/2016, de 3 de junio entre otras muchas). Como consecuencia de lo cual, hemos de partir necesariamente del respeto a los hechos declarados en la sentencia recurrida.



2.- Según la Audiencia Provincial, la recurrente estaba habituada al manejo de productos financieros y era concedora del mecanismo del contrato, por lo que aunque tuviera la clasificación de cliente minorista, no cabe considerar que fuera cliente inexperto, al que no le afectaba un posible déficit de información. Hemos dicho en múltiples resoluciones que el incumplimiento de los deberes de información no supone *per se* la nulidad del contrato, sino que dicho déficit lo que puede hacer es permitir presumir que la prestación del consentimiento fue errónea. Pero tal presunción ha quedado descartada en ambas instancias, por lo que debemos atenernos a dicha conclusión.

3.- Pero es que, incluso aunque considerásemos que tal conclusión no es fáctica, sino que entraña una valoración jurídica, el resultado sería el mismo. En efecto, la propia dinámica de las operaciones financieras objeto de controversia revelan el carácter experto del inversor, que excluye el error en el consentimiento. No se suscribió un swap de intereses causalmente vinculado a una operación previa o simultánea de financiación a interés variable, sino que junto con el denominado swap apalancado, operaba un put con barrera con un subyacente referenciado al valor en bolsa de las acciones del BBVA. Es decir, una operación compleja, propia de personas avezadas en los mercados financieros, mediante la que no se trataba de vender acciones de dicho banco al cliente de manera efectiva, sino de liquidar la diferencia en metálico conforme a la fórmula prevista en el contrato, aplicando sobre el importe nominal pactado el precio de ejercicio estipulado (denominado strike) y el precio de cotización de tales títulos a la fecha de vencimiento.

A diferencia de la mayoría de los casos resueltos por esta Sala en materia de swap, no nos encontramos ante una permuta de intereses que atenúa la posible fluctuación de unos intereses variables pactados en una operación conexas, sino ante una operación de derivados financieros altamente especulativa, que, según quedó acreditado en la instancia, era conocida y comprendida por el director financiero de PGN.

4.- Como resultado de todo lo cual, no cabe considerar infringidos los arts. 1.261 , 1.265 y 1.266 CC . Por lo que el recurso de casación debe ser desestimado.

**SEXTO.-** *Costas y depósitos.*

1.- La desestimación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación conlleva que deban imponerse a la recurrente las costas causadas por ellos, de conformidad con lo ordenado por el art. 398.1 LEC .

2.- Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos para tales recursos, a tenor de lo previsto en la disposición adicional 15ª, 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 los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por PGN 1994 Ingesistemas Audiovisuales, S.L., contra la sentencia núm. 207/2013, de 9 de mayo, dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el recurso de apelación núm. 9018/2012 . 2.º- Imponer a PGN 1994 Ingesistemas Audiovisuales, S.L. las costas de ambos recursos y ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para su interposición. 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.