



Roj: **STS 1340/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1340**

Id Cendoj: **28079110012017100218**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/04/2017**

Nº de Recurso: **2550/2013**

Nº de Resolución: **220/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 13060/2013,**
STS 1340/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 4 de abril de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el demandante D. Germán , representado por la procuradora D.ª Sharon Rodríguez de Castro Rincón, bajo la dirección letrada de D.ª Patricia Gabeiras Vázquez, contra la sentencia dictada el 6 de septiembre de 2013 por la sección 25.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 429/2012 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 758/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 48 de Madrid sobre nulidad de contrato de permuta financiera. Ha sido parte recurrida la entidad demandada Bankinter S.A., representada por la procuradora D.ª Rocío Sampere Meneses, bajo la dirección letrada de D. Francisco García Ortells y D.ª Ana María Caneda Hiebra.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 14 de abril de 2011 se presentó demanda interpuesta por D. Germán contra la entidad Bankinter S.A. solicitando se dictara sentencia por la que:

«a) Se declare la nulidad del contrato denominado comercialmente CONTRATO CLIP HIPOTECARIO ÓPTIMO 608 08/09 suscrito entre mi representado y la entidad bancaria BANKINTER, S.A.

»b) Se condene a BANKINTER, S.A. a restituir a mi mandante las cantidades resultantes a su favor -tras realizar la compensación entre las prestaciones recíprocas que hay que restituir- junto con sus intereses, los cuales deben ser calculados desde el momento en el que comenzaron a generarse cantidades a favor de la entidad bancaria por razón de la ejecución del contrato declarado nulo.

»c) Se condene a la entidad demandada al pago de las costas causadas en el presente procedimiento».

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 48 de Madrid, dando lugar a las actuaciones n.º 758/2011 de juicio ordinario, y emplazada la entidad demandada Bankinter S.A., esta compareció y contestó a la demanda solicitando su íntegra desestimación con expresa imposición de costas al demandante.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la magistrada-juez del mencionado juzgado dictó sentencia el 6 de febrero de 2012 desestimando la demanda con imposición de costas al demandante.

CUARTO.- Interpuesto por el demandante contra dicha sentencia recurso de apelación, al que se opuso la entidad demandada y que se tramitó con el n.º 429/2012 de la sección 25.ª de la Audiencia Provincial de Madrid , esta dictó sentencia el 6 de septiembre de 2013 desestimando el recurso y confirmando la sentencia



apelada salvo en su pronunciamiento sobre costas, pues acordó no hacer expresa imposición ni de las de primera instancia ni de las de apelación («en su lugar no procede imponer las costas de la primera instancia ni las causadas en esta alzada»).

QUINTO.- Contra la sentencia de segunda instancia el demandante-apelante D. Germán interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional.

El recurso extraordinario por infracción procesal se fundaba en un motivo único formulado al amparo del artículo 469.1-4.º LEC, «en conjunción con el artículo 24.1 CE, por cuanto la Sentencia de la Audiencia Provincial recurrida incurre en un error al valorar la prueba de una forma irracional y arbitraria».

El recurso de casación se interpuso al amparo del artículo 477.2.3.º LEC por interés casacional y se articuló en dos motivos con los siguientes encabezamientos:

«MOTIVO PRIMERO: Oposición y desconocimiento en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. En concreto infracción de la doctrina sobre la aplicación del art.1261 del Cc. recogida en la Sentencia 834/2009 de 22 de diciembre, así como en la doctrina expuesta la Sentencia 241/2013 de 9 de mayo sobre la información necesaria de este tipo de contratos, la Sentencia 665/2012, de 18 de octubre de 2012, referida a un contrato de permuta financiera suscrito con la entidad bankinter, así como de la Sentencia 710/2011, de 7 de octubre de 2011 conjuntamente con la ya citada Sentencia 241/2013 y demás jurisprudencia en ella citada, que declara la nulidad absoluta ipso iure, ex artículo 6.3 del código civil de todo acto contrario directamente a norma imperativa o prohibitiva, aunque esté igualmente sancionada por norma administrativa».

«MOTIVO SEGUNDO: Existencia de jurisprudencia contradictoria de las aapp sobre alguno de los puntos o cuestiones resueltas por la sentencia recurrida, en tanto que ésta resuelve cuestiones sobre las que a juicio de esta parte, existe jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales, con el fin de que el tribunal supremo fije la doctrina contenida en *las sentencias de la sección 3ª de burgos y la sección 1ª de león* (entre otras) que siguen un criterio diferente a la ahora recurrida».

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de las procuradoras mencionadas en el encabezamiento, por escrito de fecha 6 de octubre de 2014 la parte recurrente aportó un documento consistente en copia de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Madrid, de fecha 17 de septiembre de 2014, en autos de juicio verbal n.º 47/2013 seguidos contra Bankinter sobre acción de cesación de condiciones generales de la contratación incluidas, entre otros, en los contratos denominados «Clip» Bankinter, cuyo fallo era el siguiente:

«Que estimando la demanda presentada por la procuradora Sra. Sharon Rodríguez de Castro Rincón en nombre de la ASOCIACIÓN DE USUARIOS AFECTADOS POR PERMUTAS Y DERIVADOS FINANCIEROS (ASUADEFIN), frente a la entidad BANKINTER S.A., debo:

- a) Declarar la nulidad absoluta de las condiciones generales analizadas en la presente sentencia, incluidas en los contratos denominados comercialmente "CLIPS" e "INTERCAMBIOS", en concreto, los "CONTRATOS DE GESTIÓN DE RIESGOS FINANCIEROS", los "CLIPS HIPOTECARIOS OPTIMOS" y los "CONTRATOS DE INTERCAMBIOS DE TIPOS/CUOTAS",
- b) Condeno a la entidad BANKINTER a cesar en el uso de dichas condiciones generales;
- c) Condeno a la entidad BANKINTER a publicar el fallo de esta sentencia en al menos dos diarios de circulación nacional de mayor tirada, con arreglo a lo previsto en el art. 21 de la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación y en el art. 221.2 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil;
- d) Una vez firme la presente sentencia se dirigirá mandamiento de inscripción de la sentencia en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación con arreglo a lo previsto en los artículos 11.3 y 22 de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación; y
- e) Una vez firme la sentencia, se impondrá, de acuerdo con el artículo 711.2 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, una multa coercitiva de 100 euros por día de retraso en la ejecución de la resolución habida cuenta la naturaleza e importancia del daño producido y el gran número de afectados.
- f) Se condena a la demandada al pago de las costas procesales».

Por diligencia de ordenación de 8 de octubre de 2014 se acordó dar traslado a ambas partes para alegaciones sobre su admisibilidad. La parte recurrida, Bankinter S.A., se opuso a la admisión por no tener cabida en el supuesto del art. 271.2.º LEC al no ser la sentencia aportada condicionante ni decisiva para resolver la presente controversia, toda vez que venía referida a la nulidad de las cláusulas suelo, y porque además dicha sentencia estaba aún pendiente de aclaración en virtud de solicitud presentada ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Madrid por la misma parte ahora recurrente.



Por diligencia de ordenación de 17 de octubre de 2014 se acordó resolver sobre la admisión o inadmisión en el momento procesal oportuno.

SÉPTIMO.- Por auto de 30 de noviembre de 2016 se acordó admitir el recurso de casación e inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal.

OCTAVO.- La parte demandada-apelada y recurrida presentó escrito de oposición alegando que el recurso era inadmisibles por no citar las normas infringidas y no guardar relación con el caso las sentencias de esta sala y de las Audiencias Provinciales citadas por la parte recurrente. A continuación se opuso al recurso en el fondo y acabó solicitando su desestimación y la confirmación de la sentencia impugnada, con imposición de costas al recurrente.

NOVENO.- Por providencia de 15 de marzo del corriente 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 siguiente día 29, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El litigio causante del presente recurso de casación versa sobre la nulidad, por error, dolo y falta de causa, de un contrato de *swap* celebrado con posterioridad a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID.

Sus antecedentes más relevantes son los siguientes:

1.- En agosto de 2003 Bankinter S.A. (en adelante Bankinter) concedió a D. Germán un préstamo con garantía hipotecaria por importe de 117.000 euros.

2.- El 26 de septiembre de 2008, y a sugerencia de la entidad financiera, las mismas partes suscribieron un contrato denominado «Clip Hipotecario CLIP HIP Óptimo 6.08 08/09» asociado al citado préstamo, cuya finalidad era cubrir el riesgo de posibles subidas del tipo de interés (quedando por ello encuadrado en las permutas financieras de tipos de interés). Según la documentación contractual, su nominal era de 101.000 euros, la fecha de inicio el 3 de agosto de 2009 y la fecha de vencimiento el 1 de agosto de 2013.

3.- En ejecución del contrato se giraron liquidaciones negativas por un importe de 6.065,75 euros hasta abril de 2011. Con fecha 16 de marzo de 2011 el banco comunicó que el coste de cancelación ascendía a 6.165,63 euros.

4.- El 14 de abril de 2011 el Sr. Germán demandó a Bankinter solicitando la nulidad del referido contrato con recíproca restitución de prestaciones, incluyendo intereses, y la condena en costas de la parte demandada. Después de citar, entre otras disposiciones, la normativa MiFID (Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en adelante LMV, reformada por Ley 47/2007, de 19 de diciembre, y Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero), como fundamentos de la nulidad del contrato invocaba el error en el consentimiento, el dolo de la entidad demandada y «la ausencia de causa del contrato».

5.- Bankinter se opuso a la demanda negando que el contrato careciera de causa o que el consentimiento estuviera viciado.

6.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda y condenó en costas al demandante. Sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: (i) no era verdad que el contrato litigioso careciera de causa, pues esta «era evitar los riesgos de las fluctuaciones de los tipos de interés»; y (ii) no era verdad que el consentimiento estuviera viciado por error, pues la documentación contractual (contrato y ficha explicativa), que el demandante no leyó, dejaba claro tanto las características del producto (el «clip hipotecario» no era un seguro sino un producto financiero derivado con finalidad de cobertura de tipos ante eventual subida del Euribor) como sus riesgos (en la estipulación primera del contrato se recogía que podían derivarse «apuntes negativos en la cuenta asociada dependiendo de la situación del mercado en cada momento») y el coste de su cancelación anticipada («en el contrato aparece que el precio se calcula de acuerdo con la situación del mercado de tipos de interés»).

7.- La sentencia de segunda instancia, desestimando el recurso de apelación del demandante, confirmó la sentencia apelada. Sus razones son, en síntesis, las siguientes: (i) dada su experiencia inversora media, si el cliente hubiera leído la documentación entregada por el banco podía haber conocido que lo ofertado en la publicidad se correspondía con lo que firmaba y, en concreto, que el producto no era un seguro (por más que se entendiera que lo fuera e independientemente de la intención subjetiva de la parte al contratar), sino un producto cuya función objetiva típica era «evitar que el costo de los intereses pase por encima de ciertos límites, ...la conversión, en términos económicos que no jurídicos, de un riesgo de intereses derivado de la



variación de los tipos, en una certeza en cuanto al interés que se va a pagar en un determinado periodo de tiempo»; (ii) «el contrato recoge expresamente la posibilidad tanto de liquidaciones positivas como negativas» y «una previsión de mínimos y que se tenía que pagar», por lo que solo al obrar no diligente del cliente se debió que no percibiera los riesgos inherentes al contrato, en concreto, que al igual que podía cobrar del banco en caso de subida de tipos («cliente recibe») también podía percibir liquidaciones negativas si el euríbor bajaba («cliente paga»); (iii) el contrato (en concreto la primera página de la ficha informativa) también recogía que la cancelación anticipada tenía un coste «aunque no se conociera cuál», siendo lo fundamental que el cliente conozca que la cancelación anticipada tiene un coste y la referencia al sistema de cálculo; y (iv) por todo ello no concurren los elementos definidores del error vicio ni cabe apreciar falta de causa.

8.- El demandante-apelante interpuso contra dicha sentencia recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, siendo este último el único que ha sido admitido.

9.- Estando ambos recursos pendientes de admisión, la parte recurrente aportó un documento consistente en copia de la sentencia de fecha 17 de septiembre de 2014 dictada en primera instancia por el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Madrid en autos de juicio verbal n.º 47/2013, seguidos contra Bankinter, sobre acción de cesación de condiciones generales de la contratación incluidas, entre otros, en los contratos denominados «Clip» Bankinter.

Habiendo quedado para este acto procesal la decisión sobre la admisión o inadmisión de dicho documento, procede inadmitirlo por no cumplirse los requisitos legales al no constar que la sentencia sea firme y que por tanto, pueda atribuírsele el valor condicionante o decisivo que exige el art. 271.2 LEC (por ejemplo, auto de 15 de septiembre de 2009, rec. 1817/2007 y 21 de mayo de 2007, rec. 832/2006), a lo que se une el diferente objeto de este litigio en comparación con aquel en que se dictó la sentencia aportada.

SEGUNDO.- El recurso de casación se articula en dos motivos.

El motivo primero se funda en infracción de la jurisprudencia sobre la aplicación del art. 1261 CC (se citan y extractan las sentencias de esta sala 834/2009, de 22 de diciembre, 241/2013, de 9 de mayo, 665/2012, de 18 de octubre -según se alega, referida a un contrato de permuta financiera también de Bankinter-, y 710/2011, de 7 de octubre), si bien al citar otra vez la sentencia 241/2013 se alude a la «nulidad absoluta *ipso iure*, ex artículo 6.3 del Código Civil». Además, en el párrafo quinto de la argumentación del motivo se dice que la sentencia impugnada «ha infringido la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en relación con la aplicación de los arts. 1261 y 1281 a 1289 del Código Civil».

En desarrollo de este motivo se alega, en síntesis, que el producto financiero contratado era un derivado referenciado de tipos de interés IRS o permuta financiera de tipos de interés cuya finalidad era cubrir las fluctuaciones del mismo, que por ello el banco no solo debía informar del tipo de interés de referencia (Euríbor) en el momento de suscribir el contrato sino también de las previsiones en torno a su evolución a medio y corto plazo, que también debió informar al cliente del coste ligado a su cancelación anticipada, no siendo suficiente a este respecto con informar de que tenía un coste sin precisar su cuantía, que fue lo que entendió la sentencia recurrida. En suma, concluye que las cláusulas contractuales fueron oscuras y que el banco demandado incumplió los deberes de información de la normativa MiFID.

El motivo segundo se funda en la existencia de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre cuatro cuestiones que la parte recurrente denomina concretos problemas jurídicos: cuál es la información relevante y si esta comprendía las previsiones que por la entidad bancaria se manejaban sobre la evolución futura de los tipos y posibles escenarios resultantes, sobre todo cuando en 2008, fecha de comercialización del producto litigioso, ya se sabía que los tipos de interés iban a bajar; si el contenido contractual y el hecho de que el recurrente no leyera personalmente el contrato son paliativo del deber de información de la entidad financiera y, por tanto, determinan la inexistencia de error vicio, como entendió la sentencia recurrida; si un contrato en el que solo se bonifica mínimamente la subida de tipos, penalizándose mucho más el riesgo de bajada, es o no compatible con la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica; y por último, si el contrato litigioso debe considerarse un contrato desequilibrado en cuanto a las prestaciones a cargo de cada una de las partes. En su desarrollo se citan y extractan diversas sentencias de Audiencias Provinciales, que se dicen tanto favorables como contrarias al criterio jurídico de la recurrida respecto de cada uno de esos problemas.

En trámite de oposición el banco recurrido ha interesado la desestimación del recurso tanto por razones de inadmisibilidad cuanto por razones de fondo. Como causas de inadmisión ha alegado la falta de cita de norma sustantiva infringida y la inexistencia de interés casacional al invocarse sentencias que no guardan relación con el presente caso, cuya aplicación solo podría conllevar una modificación del fallo si se omitieran en todo o en parte los hechos probados, y por depender la resolución del concreto problema jurídico de las circunstancias



fácticas del mismo, sin que se haya acreditado la identidad o la existencia de diferencias irrelevantes. En cuanto al fondo, ha opuesto la inexistencia de las infracciones normativas indicadas (1261, 1281 a 1289, y art. 6.3 CC) y, de nuevo, la falta de justificación formal e inexistencia de interés casacional, alegándose al respecto, en síntesis, que el contrato tiene todos los elementos que se requieren para su existencia y validez, que nada tiene que ver el error vicio del consentimiento con la interpretación de los contratos, cuya revisión en casación no es posible más que en caso de que la realizada por el tribunal de instancia resulte ilegal, ilógica o arbitraria, que el recurso de casación no puede fundarse en hechos distintos de los probados, constando al respecto que el recurrente tuvo conocimiento de que la cancelación anticipada tenía un coste (sin que pudiera reprocharse al banco que no lo concretara en ese momento dada la naturaleza aleatoria del mismo), que no resulta aplicable el art. 6.3 CC por no haberse infringido norma imperativa alguna y, en fin, que tampoco la infracción de los deberes de información impuestos por la normativa MiFID conlleva automáticamente la anulabilidad por error vicio.

TERCERO.- El recurso incurre en las causas de inadmisión de los ordinales 2.º y 4.º del art. 483.2 LEC, por lo que en este acto procesal procede su desestimación.

El escrito de interposición no cumple los requisitos establecidos en la LEC y el recurso carece manifiestamente de fundamento por las siguientes razones:

1.ª) La cita del art. 1261 CC como única norma suficientemente identificada en el encabezamiento del motivo en concepto de infringida se refiere a los elementos esenciales del contrato -consentimiento, objeto y causa- y por tanto no es bastante para que esta sala pueda entrar a conocer de los vicios del consentimiento y de la falta de causa que constituyeron el fundamento de la nulidad contractual pedida en la demanda, que en cambio sí citaba las normas pertinentes del CC.

2.ª) La cita como infringidas de las «normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso» (art. 477.1 LEC), no de cualquier otra, es el requisito básico de todo recurso de casación en cualquiera de sus modalidades, como de nuevo ha puntualizado el Acuerdo de esta sala de 8 de febrero de 2017 sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

3.ª) Como igualmente declara el referido Acuerdo, reflejando una jurisprudencia reiterada de esta sala, el encabezamiento del motivo debe contener «la cita precisa de la norma infringida», sin que sea suficiente «que la norma infringida pueda deducirse del desarrollo del motivo». En consecuencia, la mención ocasional del art. 6 CC al final del encabezamiento del motivo y de los arts. 1281 a 1289 CC en el párrafo quinto de su desarrollo argumental no pueden servir para subsanar el incumplimiento de aquel requisito básico.

4.ª) Además, ni el recurrente pone el art. 6 CC en relación con alguna norma imperativa o prohibitiva ni, como desde siempre viene declarando la jurisprudencia, puede impugnarse en casación la interpretación del contrato citando en bloque los art. 1281 a 1289 CC.

5.ª) A todo lo anterior, suficiente por sí solo para desestimar el recurso por inadmisión, se une el cambio de planteamiento en el que incurre, pues no se comprende que, fundada la demanda en el dolo, el error y la falta de causa, con cita de las normas correspondientes, el recurso prescindiera de citar las normas pertinentes para cada una de esas cuestiones, que además tendrían que haberse planteado por separado, y derive hacia la infracción de unas normas imperativas o prohibitivas que nunca llega a identificar o hacia un problema de interpretación del contrato sometido en casación a unas reglas muy estrictas de admisión, de modo que, como también puntualiza el referido Acuerdo de esta sala, incurre en la causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento por plantear cuestiones nuevas.

CUARTO.- Conforme al art. 398.1 en relación con el art. 394.1, ambos de la LEC, procede imponer las costas al recurrente, que además, conforme a la d. adicional 15.ª.9 LOPJ, perderá el depósito constituido.

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 el demandante D. Germán contra la sentencia dictada el 6 de septiembre de 2013 por la sección 25.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 429/2012. 2.º- E imponer las costas al recurrente, que perderá el depósito constituido. 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.