



Roj: **STS 1862/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1862**

Id Cendoj: **28079110012017100282**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/05/2017**

Nº de Recurso: **1755/2013**

Nº de Resolución: **272/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 8938/2013,**
STS 1862/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 5 de mayo de 2017

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 825/2012 por la Sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1781/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 17 de Madrid, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por la procuradora doña M.ª Carmen Hondarza Ugedo en nombre y representación de Juan Jiménez Arévalo S.A., compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la misma procuradora en calidad de recurrente y la procuradora doña Rocío Sampere Meneses en nombre y representación de Bankinter S.A., en calidad de recurrido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora doña María Carmen Hondarza Ugedo, en nombre y representación de Juan Jiménez Arévalo S.A., interpuso demanda de juicio ordinario, asistido de la letrada doña Mónica Romero Rodríguez contra Bankinter S.A. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«1.- Declare la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros o permuta financiera «Clip Bankinter Top Tunel 8.8» suscrito por Juan Jiménez Arévalo S.A., el día 23 de octubre de 2008.

»2.- Condene a Bankinter S.A., al pago a favor de mi mandante de la cantidad de CINCUENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS SESENTA Y SEIS EUROS CON TRECE CÉNTIMOS (52.266,13 €), en concepto de liquidaciones trimestrales pagadas por mi mandante. A esta cantidad habrá de sumarse los intereses legales devengados desde el pago de cada una de ellas hasta la fecha en que se dicte sentencia.

»A dicha cantidad han de deducirse OCHOCIENTOS NOVENTA Y TRES EUROS CON DIECISIETE CÉNTIMOS (893,17 €), resultado de las liquidaciones trimestrales abonadas por Bankinter a mi representada. A esta cantidad habrá de sumarse los intereses legales devengados desde el abono por parte de la entidad hasta la fecha en que se dicte sentencia.

»Petición Subsidiaria. 1.- Subsidiariamente, para el caso de que no estimara la petición de nulidad, declare válidamente resuelto el contrato referido desde 25 de septiembre de 2009 por ser ésta la fecha en la que el cliente solicita la cancelación del producto a coste cero y que no cumplió.

»2.- De conformidad con el pronunciamiento resolutorio, condene a BANKINTER, S.A. al pago de todas aquéllas cantidades que como liquidaciones trimestrales se haya pagado por mi representada desde la fecha de la



resolución hasta la terminación definitiva del pleito. A estas cantidades habrá que descontar las liquidaciones trimestrales que BANKINTER, S.A. haya pagado a mi patrocinado desde la fecha de la resolución hasta la terminación definitiva del pleito. Todas ello sin ningún coste adicional por cancelación o resolución, pues ante la falta de indicación concreta del coste de cancelación, no resulta exigible a mi patrocinado el pago de cantidad alguna por la cancelación o resolución de la operación.

»3.- Que ambas partes abonen los intereses legales devengados desde el pago de cada una de las cantidades que deban ser reintegradas recíprocamente hasta la fecha en que se dicte sentencia.

»4.- Condene igualmente a la demandada al pago de las costas de este procedimiento aun en el caso de estimación parcial, con expresa declaración de temeridad y mala fe».

SEGUNDO .- La procuradora doña Rocío Sampere Meneses, en nombre y representación de Bankinter S.A., y asistido del letrado don Jaime Guerra Calvo contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«Dicte en su día sentencia desestimando la demanda en su integridad, con expresa imposición de costas a la parte actora».

TERCERO .- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 17 de Madrid, dictó sentencia con fecha 5 de junio de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Hondarza Ugedo en nombre y representación de JUAN JIMÉNEZ ARÉVALO, S.A. frente a BANKINTER S.A. representada por la Procuradora Sra. Sampere Meneses, debo: 1.- Declarar y declaro la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros o permuta financiera "Clip Bankinter TOP TÚNEL 8.8" suscrito por la mercantil actora el 23-10-08, con las consecuencias legales inherentes.

»2.- Condenar y condeno a la demandada a abonar a la actora la suma de 52.266,13 euros, más el interés legal de cada liquidación que integran ese total, desde la fecha respectiva en la que se realizó el pago, deduciendo del total la suma de 893,17 euros, más los intereses de esa cuantía desde que se realizó el pago.

»3.- Condenar y condeno al pago de los intereses legales devengados desde el abono de cada una de las cantidades que deber ser reintegradas hasta la fecha de esta sentencia.

»4.- Condenar y condeno a la demandada al abono de las costas procesales causadas».

CUARTO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Bankinter S.A., la Sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 25 de abril de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando el recurso de apelación formulado por Bankinter S.A., contra la sentencia de fecha 5 de junio de 2012, dictada por el juzgado de primera instancia número 17 de Madrid en el procedimiento al que se contrae el presente rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución, y desestimamos la demanda en su día interpuesta por Juan Jiménez Arévalo S.A., contra dicha parte apelante, declarando no haber lugar a la misma, sin expresa imposición de las costas procesales causadas en el litigio».

QUINTO .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal fue inadmitido por lo que no recogen los motivos en que lo fundamentaba. El recurso de casación lo argumentó con apoyo en el siguiente motivo: Artículo 477 de la LEC , por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, siendo recurribles en casación las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales, en el siguiente caso, entre otros: 3.º.- Cuando la resolución del recurso presente interés casacional artículo 477.2.3.º LEC .

SEXTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto de fecha 2 de noviembre de 2016 , se acordó la admisión del recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Se inadmitió el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto. Evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Rocío Sampere Meneses, en nombre y representación de Bankinter S.A., presentó escrito de impugnación al mismo.

SÉPTIMO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 16 de febrero del 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*



1. El presente recurso de casación trae causa de la demanda interpuesta por la entidad Juan Jiménez Arévalo S.A. frente a la entidad financiera Bankinter S.A.

En dicho procedimiento, la demandante solicitaba que fuera declarado nulo el contrato de permuta financiera (swap) «Clip Bankinter Top Tunel 8.8» que había suscrito con la entidad financiera el 23 de octubre de 2008. Alegaba que había existido error vicio en el consentimiento prestado y, con carácter subsidiario, que la demandada había incumplido su obligación de información en la fase precontractual y contractual por lo que procedía, en su caso, la resolución contractual.

La demandada se opuso a la demanda alegando que no había existido causa de nulidad por error vicio, ni causas de incumplimiento obligacional por su parte.

2. El juzgado de primera instancia estimó la demanda. Consideró que la entidad financiera no suministró la información adecuada respecto de las importantes pérdidas que podría comportar para el cliente la bajada del euríbor; máxime teniendo en cuenta que dicha tendencia a la baja ya era conocida, o al menos previsible, a finales del año 2008.

3. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la sentencia de la Audiencia estimó el recurso y revocó la sentencia de primera instancia. Tras la cita de la sentencia de esta sala de 21 de noviembre de 2012, destacó los conocimientos económicos que comportaban la actividad y experiencia profesional de la empresa, dedicada al sector inmobiliario, para conocer el carácter especulativo del producto. Señaló que el contrato contemplaba la posibilidad tanto de liquidaciones positivas, como negativas y que contaba, además, con la posibilidad de una cancelación anticipada del producto sujeta a condiciones de mercado. Por lo que consideró que la entidad financiera había suministrado una información suficiente acerca del funcionamiento del producto y de los riesgos asociados al mismo.

4. Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal, que ha resultado inadmitido, y recurso de casación que ha sido admitido.

Recurso de casación.

SEGUNDO.- *Cuestión previa: inadmisibilidad del recurso de casación.*

1. La recurrente, al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en un único motivo.

2. El encabezamiento del motivo contiene el siguiente tenor: infracción de los artículos 1282, 1283, 1287 y 1289 del Código Civil, artículo 281.4 LEC, artículos 72, 73 y 74 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión; artículo 217.3 LEC; artículo 79 bis obligaciones de información de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y artículo 19 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica. Artículo 60 a 66 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión.

3. El desarrollo del motivo contiene, a su vez, cuatro submotivos. En el primero, denuncia la falta de claridad de la cláusula de cancelación anticipada, con infracción de los artículos 1282, 1283, 1287 y 1289 del Código Civil.

Señala además la infracción del artículo 281.4 LEC y de los artículos 72, 73 y 74 del Real Decreto 217/2008 y del artículo 217.3 LEC.

En el segundo, justifica el interés casacional por jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales junto con la infracción del artículo 79 bis de la Ley 24/1988, el artículo 19 de la Ley 36/2003 y los artículos 60 a 66 del Real Decreto 217/2008.

En el tercero, continuación del anterior, denuncia la infracción de los artículos 72, 73 y 74 del Real Decreto 217/2008 y del artículo 217.3 LEC.

Por último, en el submotivo cuarto, y en la misma línea que los submotivos anteriores, denuncia la infracción del artículo 217.4 LEC, respecto de la jurisprudencia contradictoria acerca de la previsibilidad de la bajada de tipos de interés en el año 2008.

TERCERO.- *Inadmisión del recurso de casación por incumplimiento de los requisitos esenciales en su formulación.*

El motivo debe ser desestimado, al incurrir en causa de inadmisibilidad el recurso de casación.

Como se desprende tanto del encabezamiento del motivo, como de su desarrollo a través de los señalados submotivos, la formulación del recurso incurre en causa de inadmisión por incumplimiento de requisitos esenciales en su formulación.



En este sentido, la formulación del motivo incurre en un acarreo de infracciones, con mezcla de cuestiones de distinta índole, procesal y sustantiva, y heterogéneas, que impide conocer el motivo concreto de infracción y la respuesta que deba darse, en su caso (artículos 473.2 y 483.2 LEC).

CUARTO.- Costas y depósitos.

1. La desestimación del recurso de casación comporta la imposición de las costas causadas por el mismo a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC .

2. Asimismo, procede la pérdida de depósito constituido para la interposición del recurso de casación, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.ª LOPJ .

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

esta sala ha decidido

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto por la entidad Juan Jiménez Arévalo S.A. contra la sentencia dictada, con fecha 25 de abril de 2013, por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19.ª, en el rollo de apelación núm. 825/2012 . 2. Imponer las costas del recurso de casación a la parte recurrente. 3. Ordenar la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso de casación. 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. Francisco Marin Castan Ignacio Sancho Gargallo **Francisco Javier Orduña Moreno**
Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres