



Roj: **STS 1863/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1863**

Id Cendoj: **28079110012017100283**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/05/2017**

Nº de Recurso: **2276/2013**

Nº de Resolución: **289/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 12 de mayo de 2017

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 8.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 587/11, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Madrid; cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de la sociedad J.B. Estudio Gráfico y Editorial S.L., representada ante esta sala por el procurador de los Tribunales don Antonio Orteu del Real; siendo parte recurrida la entidad Banco Popular Español S.A., representada por la procuradora de los Tribunales doña María José Bueno Ramírez.

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

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.- 1.-** La representación procesal de la sociedad J.B. Estudio Gráfico y Editorial S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra la entidad Banco Popular Español S.A., 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:

«1º.- DECLARE NULO el "Contrato de Permuta Financiera de Tipos de Interés IRS Bonificado", suscrito por J.B. Estudio Gráfico y Editorial, S.L. y Banco Popular Español, S.A. de fecha 19 de julio de 2007.

»2º.- Con carácter subsidiario, se declare la nulidad de las cláusulas de dicho contrato relativas al vencimiento de cada periodo de liquidación y al coste de cancelación por vencimiento anticipado, en los concernientes a los cálculos a efectuar.

»3º.- DECLARE INDEBIDO el cargo efectuado por la demandada en la cuenta corriente de mi representada por valor de 11.180,86 €, así como el cargo por importe de 92,28 € de intereses y gastos, ORDENANDO la restitución de dicha cantidad a mi representada, con aplicación del interés legal del dinero devengado desde la interposición de la demanda, incrementado en 2 puntos desde la sentencia, en caso de que se hubiese cobrado y en caso de que no se hubiese cobrado ordene su cancelación.

»4º.- Se impongan expresamente a la parte demandada las costas del presente 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 en su día por la que se desestime íntegramente la demanda formulada de contrario con expresa imposición de costas.»



**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 2 de Madrid, dictó sentencia con fecha 20 de octubre de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando la demanda promovida por J.B. ESTUDIO GRÁFICO Y EDITORIAL S.L., representado por el procurador D. ANTONIO ORTEU DEL REAL y asistido por el letrado D. MIGUEL ÁNGEL BENITO IRAZABAL contra BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., representado por el procurador D<sup>a</sup>. MARÍA JOSÉ BUENO RAMÍREZ y asistido por el letrado D<sup>a</sup>. MARINA FONTELA SANZ, sobre reclamación de cantidad debo declarar y declaro la nulidad del contrato de permuta financiera a tipos de interés IRS bonificado suscrito entre las partes litigantes el 19 de julio de 2007, con las consecuencias a ello inherentes, imponiendo las costas a la parte demandada.»

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la demandada, y sustanciada la alzada, la sección 8.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 3 de junio de 2013 , cuyo Fallo es como sigue:

«Que debemos ESTIMAR el recurso interpuesto por al Procuradora Dña. María José Bueno Ramírez, en representación de la mercantil BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Madrid, en fecha veinte de octubre de dos mil once , revocando la misma, dictando otra en su lugar por la que

»1º) Se desestima la demanda interpuesta, por J.B. ESTUDIO GRÁFICO Y EDITORIAL S.L., contra BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., en relación con el contrato de permuta financiera a tipos de interés IRS bonificado, suscrito entre las partes litigantes el 19 de julio de 2007.

»2º) Se condena a la demandante al pago de las costas de primera instancia.

»3º) No se hace especial pronunciamiento de las causadas en esta alzada.»

**TERCERO.-** El procurador don Antonio Orteu del Real, en nombre y representación J.B. Estudio Gráfico y Editorial, S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, no siendo admitido el primero y sí el segundo mediante auto dictado por esta sala en fecha 30 de noviembre de 2016 .

El recurso de casación se funda en la infracción de los artículos 2 , 78 bis y 79.bis 8 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores , así como del artículo 1265 y 1266 CC , en relación con la jurisprudencia que cita de esta sala.

**CUARTO.-** Dado traslado del mismo a la parte recurrida, se opuso a su estimación Banco Popular Español S.A. representado por la procuradora doña María José Bueno Ramírez.

**QUINTO.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 19 de abril de 2017, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Por la entidad J.B. Estudio Gráfico y Editorial S.L. se interpuso demanda contra Banco Popular Español S.A. por la cual interesaba la declaración de nulidad, por error en el consentimiento, del contrato suscrito por las partes el 19 de julio de 2007, denominado de permuta financiera a tipos de interés IRS bonificado, alegando que dicho error se había producido debido a falta de información por parte de la demandada.

Como petición subsidiaria, solicitaba que se declare la nulidad de las cláusulas de dicho contrato relativas al vencimiento de cada periodo de liquidación y al coste de cancelación por vencimiento anticipado y que se declare indebido el cargo efectuado por la demandada en la cuenta corriente de la actora por valor de 11.180,86 euros, así como el cargo por importe de 92,28 euros de intereses y gastos, ordenando la restitución de dichas cantidades a la demandante, con aplicación del interés legal del dinero devengado desde la interposición de la demanda, incrementado en dos puntos desde la sentencia.

La demandada se opuso y, seguido el proceso, el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Madrid dictó sentencia de fecha 20 de octubre de 2011 por la que estimó en su integridad la demanda, al considerar que concurrió error invalidante del contrato, pues el cliente del banco firmó una operación con la que intentaba precaverse de la subida de tipos y, en cambio, lo que en realidad se hizo fue garantizar al banco que no sufriría perjuicio por la baja de tales tipos.

La demandada recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Madrid (sección 8.<sup>a</sup>) dictó sentencia, de 3 de junio de 2013 , que acogió el recurso y desestimó la demanda, con imposición de costas de primera



instancia a la parte demandante, sin especial pronunciamiento respecto de las causadas en la alzada. Sostiene la Audiencia que, ante el mismo valor objetivo que tienen las declaraciones del cliente y de la directora del banco sobre la información dada, ha de estarse al clausulado del contrato en cuanto describe el producto y contiene advertencias sobre el riesgo; se suscribieron otros contratos anteriores de la misma naturaleza y se percibieron liquidaciones positivas. Igualmente razona la sentencia impugnada en el sentido siguiente (fundamento tercero, pág. 11):

« No concurre, por tanto, el denominado error vicio de consentimiento, donde se exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, pues al igual que en la doctrina y jurisprudencia invocada, difícilmente cabe admitirlo cuando el funcionamiento del contrato analizado se proyectaba sobre un futuro más o menos próximo, con un acusado componente de aleatoriedad, y por ello, la consiguiente incertidumbre implicaba la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia, según se ha mencionado. No pasa desapercibido para la Sala que la reclamación se efectúa transcurridos casi cuatro años desde su firma, con una consecuencia esencial, cual es que el contrato ha desplegado sus efectos durante los tres primeros años, sin merma económica o impugnación alguna del interesado, se entiende que porque no ha habido fluctuación del tipo de intereses, o, si la ha habido, ha sido favorable por su incremento, y en buena lógica, de acuerdo con el contrato, el banco se ha hecho cargo de la diferencia, según sus estipulaciones... ».

Contra dicha sentencia se ha admitido el recurso de casación interpuesto por la demandante J.B. Estudio Gráfico y Editorial, S.L.

**SEGUNDO.**- El recurso de casación se sustenta en la infracción de los artículos 2 , 78 bis y 79.bis 8 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores , así como de los artículos 1265 y 1266 CC , en relación con la jurisprudencia que cita de esta sala y de Audiencias Provinciales.

Se opone la parte recurrente a las consideraciones de la sentencia impugnada, en cuanto la Audiencia consideró que existía pleno conocimiento por parte del representante de la entidad demandante sobre el alcance de lo que se contrataba, negándose en el motivo que dicho conocimiento existiera y que se suministrara la oportuna información, que en todo caso resultaba necesaria cuando se trata de un producto bancario de notoria complejidad como es la llamada «permuta de intereses» o «sawp».

La parte recurrida opone determinadas objeciones que darían lugar a la inadmisibilidad del recurso, en concreto sobre la justificación del interés casacional que se predica y la precisión de la doctrina cuyo establecimiento se reclama de esta sala al efecto.

Si examinamos la formulación del recurso de casación, pronto se advierte la falta del adecuado cumplimiento de los requisitos que esta sala viene exigiendo para su prosperabilidad. No sólo se alude en su desarrollo a la infracción de normas de carácter procesal -como son los artículos 217.2 y 218.1 LEC - sino que también se omite, frente a la exigencia derivada del Acuerdo de esta sala de 30 diciembre 2011 -hoy reiterada por el de 27 de enero de 2017- la expresión «con claridad en el encabezamiento o formulación del motivo (de) la jurisprudencia que se solicita de la Sala Primera del TS que se fije o se declare infringida o desconocida» (como requieren, entre otros muchos, los autos de 5 abril 2017 -Rec. 988/2015 - y 22 marzo 2017 -Rec.629/2015 -). Por otra parte, la justificación del interés casacional no puede quedar cumplida con la mera aportación de un conjunto de sentencias de esta sala y de diferentes audiencias provinciales, pues, según se exige igualmente desde el Acuerdo de 30 diciembre 2011, se ha de precisar en cada caso la oposición o desconocimiento por la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del TS, correspondiendo a la recurrente la justificación, con la necesaria claridad, de la concurrencia de este elemento; teniendo en cuenta que no basta con acumular la cita de sentencias de esta sala, sino que se ha de razonar «cómo, cuándo y en qué sentido la sentencia recurrida ha vulnerado o desconocido la jurisprudencia que se establece en ellas». Respecto de la alegación de existencia de posiciones contrapuestas en la doctrina de las audiencias provinciales, también se exige a la parte recurrente que exprese «el problema jurídico sobre el que existe la contradicción que alega, indicar de qué modo se produce ésta y exponer la identidad de razón entre cada punto del problema jurídico resuelto en la sentencia recurrida y aquél sobre el que versa la jurisprudencia contradictoria invocada».

El recurso no cumple en el presente caso con tales exigencias pues se limita a formular una serie de alegaciones, precisando las fechas de las sentencias que aporta para justificar el interés casacional y refiriéndose posteriormente, sin relación concreta con cada una de ellas, a la doctrina emanada de las mismas sin ponerla en directa relación con los razonamientos que la sentencia impugnada ha empleado en cada caso.

Como consecuencia de ello, procede su desestimación.

**TERCERO.**- La desestimación de del recurso determina la condena en costas causadas a la parte recurrente ( artículos 394 y 398 LEC ) y la pérdida del depósito constituido para su interposición ( Disposición Adicional



15.ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial).

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 la representación procesal de J.B. Estudio Gráfico y Editorial, S.L. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (sección 8.ª) de fecha 3 de junio de 2013, en Rollo de Apelación n.º 608/2012 dimanante de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de dicha ciudad, en virtud de demanda interpuesta por la hoy recurrente contra Banco Popular Español S.A. **2.º**- Confirmar la sentencia recurrida. **3.º**- Condenar a la parte recurrente al pago de las costas causadas en el presente recurso, con pérdida del depósito constituido 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.

FONDO DOCUMENTAL CEN