



Roj: **STS 1894/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1894**

Id Cendoj: **28079110012017100290**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/05/2017**

Nº de Recurso: **921/2014**

Nº de Resolución: **309/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 984/2014,**
STS 1894/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 18 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 25.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 389/12, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 98 de Madrid; cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de la mercantil Excavaciones Joaquín González S.L., representada ante esta sala por la procuradora de los Tribunales doña Gloria Rincón Mayoral; siendo parte recurrida la entidad Bankinter S.A., representada por la procuradora de los Tribunales doña Rocío Sampere Meneses.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- La representación procesal de la mercantil Excavaciones Joaquín González S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra la entidad 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 se acuerde lo siguiente:

«a) Se declare la nulidad de los contratos denominado CONTRATO DE GESTIÓN DE RIESGOS FINANCIEROS, comercialmente conocido como CLIP Bankinter 06 2.3 y CLIP Bankinter 07 3.3 y que fueron suscritos entre mi representada y la entidad bancaria BANKINTER, S.A.

»b) En consecuencia con la declaración de nulidad de los contratos suscritos por mi representada, que se declare la procedencia de la restitución recíproca de las prestaciones derivadas del contrato suscrito, en el sentido de que mi representada ponga a disposición de BANKINTER S.A., los 1.800,69 Euros percibidos y BANKINTER, S.A. deberá devolver las liquidaciones negativas más los gastos de cancelación anticipada abonadas por mi mandante que ascienden a 30.018,87 Euros, con sus respectivos intereses legales devengados.

»c) Se condene a la entidad demandada al pago de las costas causadas en el 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 ÍNTEGRAMENTE DESESTIMATORIA DE LA DEMANDA por caducidad de la acción ejercitada y, subsidiariamente, por los demás motivos de fondo contenidos en la presente Contestación a la Demanda, con expresa imposición de costas a la parte actora.»

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 98 de Madrid, dictó sentencia con fecha 5 de febrero de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por EXCAVACIONES JOAQUÍN GONZÁLEZ, SL, representado por la Procuradora Sª Rincón Mayoral, contra BANKINTER, S.A., representada por la Procuradora Sª Sampere Meneses, debo declarar y declaro la nulidad de los contratos clip firmados entre las partes el 3-02-06 y el 23-02-07, y debo condenar y condeno a la parte demandada a pagar al actor la suma de 28.218,18 euros, más el interés legal determinado en el fundamento jurídico sexto de esta resolución, y todo ello con condena en costas de la parte demandada.»

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la demandada, y sustanciada la alzada, la sección 25.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 7 de febrero de 2014, cuyo Fallo es como sigue:

«Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Dª Rocío Sampere Meneses, en nombre y representación de BANKINTER, S.A. contra la sentencia de fecha 5 de febrero de 2013 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 98 de Madrid, la REVOCAMOS, y dictamos otra por la que, DESESTIMANDO la demanda presentada por EXCAVACIONES JOAQUÍN GONZÁLEZ, S.L.,

- »1. ABSOLVEMOS a BANKINTER, S.A. de las pretensiones dirigidas contra ella.
- »2. Se impone a EXCAVACIONES JOAQUÍN GONZÁLEZ, S.L. las costas de la primera instancia.
- »3. No se hace imposición de las costas de esta alzada, con devolución del depósito constituido.»

TERCERO.- La procuradora doña Gloria Rincón Mayoral en nombre y representación de Excavaciones Joaquín González S.L., interpuso recurso de casación por interés casacional, alegando la existencia de vulneración de la doctrina jurisprudencial de esta sala y de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, fundado en los siguientes motivos:

- 1.- Por infracción del artículo 6.3 CC y de la doctrina recogida en las sentencias de esta sala 665/2012, de 15 de noviembre; n.º 241/2013, de 9 de mayo; 834/2009, de 22 de diciembre y 710/2011, de 7 de octubre.
- 2.- Por vulneración por la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial de esta sala recogida en las sentencias n.º 244/2013, de 18 de abril y 840/2013 de 20 de enero, al rechazar la Audiencia Provincial el carácter de minorista de la demandante.
- 3.- Por existencia de jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales «sobre alguno de los puntos o cuestiones resueltos por la sentencia recurrida».

CUARTO.- Por esta Sala se dictó auto de fecha 30 de noviembre de 2016 por el que se acordó la admisión únicamente del recurso de casación y no del extraordinario por infracción procesal, así como dar traslado del recurso a la parte recurrida, Bankinter S.A. que se opuso a su estimación mediante escrito presentado en su nombre por la procuradora doña Rocío Sampere Meneses.

QUINTO.- Por providencia de 6 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 día 26 de abril de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad Excavaciones Joaquín González S.L. interpuso frente a Bankinter S.A. demanda solicitando la declaración de nulidad de los contratos denominados de gestión de riesgos financieros (CLIP Bankinter 06.23 y CLIP Bankinter 07.33) por vulneración de la normativa imperativa aplicable, así como por ausencia de consentimiento y falta de causa en el contrato.

La demandada se opuso y el Juzgado de Primera Instancia n.º 98 de Madrid dictó sentencia de fecha 5 de febrero de 2013 por la que estimó la demanda, declaró la nulidad de los contratos y condenó a la demandada a devolver a la demandante la cantidad de 28.218,18 euros, más intereses y costas.



La entidad demandada recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso, revocó la sentencia apelada y desestimó la demanda, absolviendo a la parte demandada con imposición a la demandante de las costas de primera instancia.

La Audiencia considera que no cabe apreciar error en el consentimiento por parte de la demandante, apoyándose en los siguientes argumentos: a) El error no debe confundirse con la falta de diligencia negocial; b) Las condiciones generales del contrato ponen de manifiesto que el producto conlleva un cierto riesgo derivado de la volatilidad del tipo de interés que puede reducir o anular el beneficio económico esperado; c) Del contrato se deduce la posibilidad de liquidaciones negativas para el cliente; d) En las condiciones particulares se expresa cuándo debe pagar el cliente, de fácil entendimiento aunque no se expongan ejemplos prácticos, comprensible con una lectura atenta; e) Si el administrador de la mercantil demandante entendió que el contrato no tenía riesgo el error no es excusable; y f) En su clausulado está claramente expuesto que es un contrato aleatorio y si lo firmó cuando los intereses estaban al alza el cliente debía saber que, si la evolución cambiaba, podría sufrir un perjuicio económico.

Contra dicha sentencia recurrió por infracción procesal y en casación la entidad demandante, habiendo sido admitido únicamente el recurso de casación.

SEGUNDO.- El primero de los motivos del recurso denuncia la infracción del artículo 6.3 CC y de la doctrina recogida en las sentencias de esta sala 665/2012, de 15 de noviembre; n.º 241/2013, de 9 de mayo; 834/2009, de 22 de diciembre y 710/2011, de 7 de octubre, que declaran la nulidad absoluta *ipso iure* todo acto contrario directamente a norma imperativa o prohibitiva, aunque esté igualmente sancionada por norma administrativa.

Sostiene la parte recurrente que la sentencia impugnada ha infringido la doctrina establecida en las sentencias citadas en relación con la aplicación de los artículos 1281 a 1289 del Código Civil en tanto que, en contra de lo establecido en dichas sentencias, no ha declarado la oscuridad de las previsiones contenidas en el contrato, y como consecuencia de la no declaración de oscuridad no ha declarado infringidos los preceptos imperativos establecidos en el artículo 79 de la LMV y 16 del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, así como del 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, por lo que tampoco ha aplicado la doctrina de la Sentencia 710/2011 que prevé la nulidad ex artículo 6.3 del Código Civil de todo acto contrario a norma imperativa o prohibitiva.

La citada sentencia 710/2011, de 7 de octubre, no guarda relación alguna con el supuesto ahora enjuiciado ya que se refiere al caso de enajenación prohibida por la ley. Ninguna de las resoluciones citadas por la parte recurrente se refiere a un supuesto en que esta sala haya declarado la nulidad radical o absoluta de un contrato similar a los ahora contemplados por falta de adecuada información, incluso cuando se trate de incumplimiento de las normas que obligan a dar dicha información. En tales casos se ha considerado que nos encontramos ante situaciones de anulabilidad por error en el consentimiento prestado, estando sujeta la acción al plazo de caducidad de cuatro años establecido en el artículo 1301 CC, ya que en dichos contratos concurren los requisitos de consentimiento, objeto y causa exigidos por el artículo 1261 CC y no se encuentran prohibidos por la ley con sanción de nulidad, aunque pueda sostenerse que el consentimiento pudiera estar viciado.

TERCERO.- El segundo motivo alega en su enunciado la vulneración por la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial de esta sala recogida en las sentencias n.º 244/2013, de 18 de abril y 840/2013 de 20 de enero, al rechazar la Audiencia Provincial el carácter de minorista de la demandante, con desconocimiento de las Directivas Mifid y desacierto al analizar la teoría del error en el consentimiento.

Añade que la sentencia recurrida ignora la Directiva MiFid respecto de la consideración del perfil inversor del cliente cuando dice que «no puede concebirse igual grado de diligencia en un consumidor sin conocimientos ni experiencia financiera, más allá del común a cualquier ciudadano para administrar su patrimonio dinerario, que la exigible al administrador de una sociedad mercantil, definida, respecto a las sociedades de responsabilidad limitada, como "diligencia de un ordenado empresario y representante legal (Art. 61 LSRL)".. ».

En el encabezamiento del motivo no expresa la norma que considera infringida, faltando a la exigencia de claridad que corresponde al recurso de casación y a la previsión del artículo 477.1 LEC y, cuando cita -en su desarrollo- una norma como vulnerada se refiere al artículo 78 bis.4 de la Ley de Mercado de Valores, el cual fue incorporado a dicha Ley con posterioridad a la suscripción de los contratos cuya declaración de nulidad se pretende, por lo que dicha disposición no resulta de aplicación.

Como consecuencia el motivo ha de ser desestimado.

CUARTO.- El motivo tercero se refiere a la existencia de jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales, según se afirma en el encabezamiento del motivo, «sobre alguno de los puntos o cuestiones resueltos por la sentencia recurrida», en tanto que dicha sentencia resuelve cuestiones sobre las que a juicio



de la parte recurrente, existen tales contradicciones jurisprudenciales, y solicita que «el Tribunal Supremo fije la doctrina contenida en las sentencias de la sección la de León que sigue un criterio diferente a la ahora recurrida así como del de las sentencias de la sección 1ª de Valladolid».

Vuelve a omitir en el encabezamiento del motivo la mención de la norma que considera infringida, exigencia que es común a cualquier recurso de casación sea cual sea la vía de acceso y, por tanto, también resulta aplicable al supuesto de alegación de interés casacional, pues el fundamento del recurso de casación siempre radica en la vulneración de norma jurídica aplicable para la resolución del asunto de que se trate (artículo 477.1 LEC).

Nuevamente es en el desarrollo del motivo donde la parte recurrente afirma que «el Art. 79 de la LMV se aplicaba también en su versión anterior tanto a PYMES como a particulares y que el Art. 14 del Decreto 629/1993, referido a los contratos tipo de las entidades financieras establecía de manera tajante que Los contratos- tipo deberán contener, además de las características esenciales de los mismos, ajustadas en todo caso a lo dispuesto por la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, los requisitos y condiciones necesarios para su modificación y resolución anticipada, el sometimiento de las partes a las normas de conducta y requisitos de información previstos en la legislación del Mercado de Valores y, en general, los requisitos que, según las características de la operación de que se trate, se establezcan por el Ministro de Economía y Hacienda. Por su parte, el Decreto 629/1993 integraba así la LDCyU en el ámbito financiero, en relación con los contratos tipo, sin hacer diferencias respecto del tipo de clientes de los que se tratase y adelantándose de algún modo al criterio seguido con posterioridad por la normativa MIFID y además, y en cualquier caso, exigía que los contratos tipo cumpliesen con las previsiones sobre información y transparencia LMV».

No obstante, hay que destacar que la sentencia impugnada, en su fundamento de derecho tercero, pone de manifiesto detalladamente la información que se dio a la parte demandante y, posteriormente, ya en el fundamento cuarto dice lo siguiente: «Finalmente, y como los contratos objeto de estudio están sometidos a la Ley 24/1988, como así lo referencia su artículo 2.2, lo expuesto en el fundamento jurídico anterior nos lleva a concluir que el Banco demandado cumplió suficientemente el deber de informar a su cliente en el momento de formar la voluntad contractual y dentro de las exigencias que a tal efecto le impone el artículo 79 bis Ley 24/1988, pues la está explicado (sic) con suficiente claridad para ser comprendido por quien, a su vez, tiene un especial deber de diligencia en la comprensión y alcance de los contratos que ha de concertar en representación de la Sociedad de la que es Administrador».

De lo anterior se deduce que la sentencia no se fundamenta en un diferente tratamiento respecto de la entidad demandante en cuanto a su derecho de información en relación con las personas físicas, sino que sostiene que tal información fue suficiente para que el representante de la demandante conociera los riesgos asociados a la contratación.

QUINTO.- 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 Excavaciones Joaquín González S.L. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (sección 25.ª), con fecha 7 de febrero de 2014, en el Rollo de Apelación núm. 304/2013. **2.º-** Confirmar la sentencia recurrida. **3.º-** Condenar a la parte recurrente 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.