



Roj: **STS 2041/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2041**

Id Cendoj: **28079110012017100320**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/05/2017**

Nº de Recurso: **445/2015**

Nº de Resolución: **332/2017**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CA 797/2014,**
STS 2041/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 24 de mayo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la mercantil Andal Oil SLNE, representada por el procurador D. Álvaro Ignacio García Gómez bajo la dirección letrada de D.^a Vanesa Fernández Escudero y D.^a Nuria Castillo Gala contra la sentencia dictada el 30 de mayo de 2014 por la sección 8.^a de la Audiencia Provincial de Cádiz, aclarada mediante auto de fecha 10 de noviembre de 2014, en el recurso de apelación núm. 259/2013 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Jerez de la Frontera, sobre nulidad de contrato. Ha sido parte recurrida el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, representado por el procurador D. Esteban Jabardo Margareto y bajo la dirección letrada de D. José Carlos García Solano.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- Andal-Oil S.L.N.E., interpuso demanda de juicio ordinario contra BBVA S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia por la que con estimación de la misma:

«a) Se declare la anulación del contrato de permuta financiera relacionado con el Hecho Primero, procediéndose en consecuencia a la anulación de todos los cargos y abonos efectuados por la demandada en las cuentas de la actora en virtud del contrato anulado, de manera que ninguna de las partes resulte acreedora ni deudora respecto a la otra en virtud de los mismos. Asimismo, y en relación con las cantidades efectivamente satisfechas por cada una de las partes, deberá procederse a su recíproca restitución, interesándose la compensación de saldos, de manera que aquella parte que tenga a su favor un mayor saldo acreedor (diferencia entre cobros recibidos - pagos efectuados), sea la que reciba de la otra el saldo neto favorable.

»b) Se condene a la demandada a restituir a la actora, cuantos intereses, comisiones, y gastos de cualquier clase, se hayan cargado en cualquiera de sus cuentas, como consecuencia y/o derivados el contrato anulado.

»c) Se condene a la demandada al pago de los intereses legales devengados por las cantidades satisfechas por la actora, cuya restitución se interesa en los apartados a) y b), desde la fecha en que aquellas fueron realizadas de forma efectiva a la entidad bancaria, previa deducción de los intereses devengados por los importes abonados a mi mandante, desde la fecha de los citados abonos.

»d) Se impongan a la demandada las costas ocasionadas en este procedimiento, en virtud del principio de vencimiento objetivo».



2.- La demanda fue presentada el 23 de enero de 2012 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Jerez de la Frontera y fue registrada con el n.º 167/2012 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada

3.- El BBVA contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba se dictara sentencia desestimando íntegramente las peticiones formuladas en la demanda y condenando a la demandante al pago de las costas.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Jerez de la Frontera dictó sentencia n.º 101/2013 de fecha 25 de abril , con el siguiente parte fallo:

«Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el procurador Sr. Freire Cañas, en representación de Andal Oil SLNE frente a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, debo declarar y declaro la nulidad del contrato de permuta de tipo de interés contratado telefónicamente entre las partes en 15.5.2008 y objeto de litigio, debiéndose las partes restituirse recíprocamente lo recibido en virtud de dicha relación contractual, junto con los intereses legales correspondientes devengados desde la fecha de los cargos y abonos realizados en la cuenta asociada del contrato e imposición a la demandada del interés de la mora procesal devengado desde la fecha de la presente resolución. Se imponen a la parte demandada las costas del procedimiento».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

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

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, que lo tramitó con el número de rollo 259/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 30 de mayo de 2014 , cuyo fallo dispone:

«Estimamos el recurso de apelación formulado por el procurador D. Leonardo Medina Martín, en nombre y representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., contra la sentencia de fecha veinticinco de abril de dos mil trece dictada en el juicio ordinario 167/12 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Jerez de la Frontera , la cual revocamos, en el sentido de desestimar la demanda y absolver a la demandada de los pedimentos contenidos en la misma; todo ello sin hacer condena en orden al pago de las costas causadas en primera instancia y en esta alzada».

Esta sentencia fue aclarada mediante auto de fecha 10 de noviembre de 2014 en el sentido de corregir los errores producidos en el fundamento jurídico tercero.

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- Andal Oil SLNE, interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue el siguiente:

«Único: Existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales relativas a la incidencia de la falta de información en las permutas financieras».

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 en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 26 de octubre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Andal Oil, S.L.N.I. contra la sentencia de fecha 30 de mayo de 2014 y el auto de aclaración de fecha 10 de noviembre de 2014, dictados por la Audiencia Provincial de Cádiz (sección octava, con sede en Jerez), en el rollo de apelación n.º 259/2013 , dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 167/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Jerez de la Frontera».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito, quedando el presente recurso de casación pendiente de vista o votación y fallo.

4.- Por providencia de 3 de abril de 2017 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 17 de mayo de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El litigio causante del presente recurso de casación versa sobre la nulidad, por error en el consentimiento, de un contrato de permuta financiera concertado telefónicamente con posterioridad a la

normativa «MiFID» (acrónimo de la Directiva de los Mercados de Instrumentos Financieros, en inglés Markets in Financial Instruments Directive).

Sus antecedentes más relevantes son los siguientes:

1.- En el marco de la negociación de un préstamo hipotecario, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (en adelante BBVA) ofrece al administrador de Andal Oil S.L.N.E. (en adelante, Andal Oil), Sr. Victorino , un contrato de permuta de tipo de interés.

Este contrato se celebra el 15 de mayo de 2008, mediante conversación telefónica que resulta grabada, entre el Sr. Victorino , administrador de Andal Oil, y un empleado de la entidad. A finales de mes, BBVA remite a Andal Oil un documento de «confirmación de swap» que ningún representante de la sociedad firmó.

La escritura del préstamo hipotecario se otorga el 23 de mayo de 2008 por importe de 500.000 euros y un plazo de diez años, con un primer vencimiento el 30 de junio de 2008 y 120 amortizaciones mensuales y sucesivas; se pacta un primer período de seis meses a un tipo fijo anual del 6% y el resto a interés variable, euribor + 1,25% revisable cada seis meses, con un techo del 12% y un suelo del 3%.

2.- Tras dos liquidaciones positivas del contrato de permuta, en agosto y noviembre de 2008, Andal Oil recibe una primera liquidación negativa el 16 de febrero de 2009, que es seguida de otras ocho igualmente negativas hasta el 18 de noviembre de 2011. En contestación a un correo suyo dirigido a la gestora comercial del banco en el que manifestaba su disconformidad con las condiciones del préstamo y del producto contratado, el 18 de noviembre de 2011 recibe de aquélla un correo electrónico por el que se le ofrece un producto alternativo a la permuta y el 3 de diciembre de 2011 le remiten del grupo mercados globales de BBVA alternativas de reestructuración del derivado contratado porque «dadas las altísimas volatilidades actuales de los tipos de interés, no es el mejor momento para realizar este tipo de operaciones».

3.- Tras fracasar sucesivas reclamaciones extrajudiciales el 23 de enero de 2012 Andal Oil interpone demanda contra BBVA en la que solicita la declaración de nulidad del contrato de permuta financiera y la restitución de cuantos intereses, comisiones y gastos se hubieran cargado en sus cuentas como consecuencia del contrato, con sus intereses.

La entidad financiera demandada se opuso a la demanda negando que el consentimiento estuviera viciado.

4.- El Juzgado dicta sentencia por la que estima íntegramente la demanda por entender que la información precontractual y contractual fue prácticamente inexistente e insuficiente para que el cliente pudiera comprender el funcionamiento del producto y los riesgos que comportaba su contratación y la conveniencia para la finalidad pretendida. Se apoya en los siguientes argumentos principales: i) la finalidad de la contratación del producto era la cobertura del riesgo que suponía el préstamo hipotecario concertado a interés variable, pero el producto no era idóneo para tal finalidad, puesto que no existía coincidencia entre el nominal, que se mantenía fijo y el importe del préstamo que iba disminuyendo con las amortizaciones sucesivas; tampoco había coincidencia temporal, pues la permuta era a tres años y el crédito hipotecario a diez años, los seis primeros a tipo fijo (sin riesgo por tanto en ese período de subida del tipo de interés); la hipoteca, en el tiempo de aplicación de interés variable tenía una cláusula suelo, de modo que en caso de bajada del tipo de interés el cliente tampoco se beneficiaba, porque debía pagar por la permuta y no se beneficiaba de la bajada en la hipoteca; ii) no se explicaron todos estos extremos, ni cómo influiría la cancelación del préstamo en el producto contratado, ni de las condiciones de la cancelación del producto; iii) la entidad bancaria no conocía el perfil inversor de la actora ni cumplió los deberes de información que le impone la Ley del mercado de valores, pues no se ha probado que se le advirtiera con una cuantificación de cifras del coste económico que podría tener una bajada de los tipos de interés; iii) ello provocó un error que propició la celebración del contrato, y tal error es excusable, porque no es imputable a la demandante, de quien no consta experiencia inversora, ni conocimientos financieros, ni que cuente con un asesor externo y que contrató por la confianza que le merecía la comercial que previamente le había ofrecido el producto, y a la que llamó antes de contratar cuando desde la entidad se le contactó para contratar el producto; aunque no se empleara la palabra «seguro» el producto se ofrece como una cobertura ante la subida de tipos, lo que dio lugar a la creencia de que se le ofrecía un seguro frente a la tendencia alcista de los tipos de interés.

5.- Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. interpone recurso de apelación. La Audiencia Provincial rechaza la alegación de caducidad de la acción de nulidad pero estima el recurso, revoca la sentencia de primera instancia y desestima la demanda. Se apoya en las siguientes razones: i) que el representante de la empresa es administrador de varias sociedades, lo que le supone un mayor control y conocimiento de la contratación bancaria que a un simple usuario; ii) que actuó asesorado por un director de banca; iii) que de las conversaciones grabadas en el momento de la contratación resulta que sí tenía conocimiento de las características del contrato y que tras la primera llamada solicitó realizar algunas consultas y luego fue él quien



llamó; iv) que no consta que el banco ocultara maliciosamente la información sobre el riesgo del producto, la evolución de los tipos de interés o la cancelación; v) que de la conversación grabada resulta que sí se enteró del plazo y funcionamiento del producto; vi) que en la medida en que haya podido incurrirse en un déficit de información no cabe derivar sin más la nulidad del contrato; vii) que el contrato se celebró para estabilizar los costes financieros del cliente ante el riesgo de la subida del tipo de interés de un préstamo hipotecario y nada induce a pensar que no fuera adecuado para el fin perseguido; viii) que cuando las liquidaciones fueron positivas para la actora nada dijo entonces y solo intentó desvincularse cuando se materializó la eventualidad prevista en el contrato y ya no le era rentable; ix) no existe indicio alguno de que el banco le transmitiera la idea de que contrataba un seguro; x) actuaría con manifiesta negligencia si contrató exclusivamente por la confianza que le merecía el banco y prescindiendo de personas con conocimiento; xi) que resulta infundado que fuera obligada por la entidad a suscribir el contrato para poder concertar el préstamo.

6.- La demandante-apelada ha interpuesto contra dicha sentencia recurso de casación.

SEGUNDO.- El recurso de casación «por interés casacional», interpuesto «al amparo de los arts. 477 , 478 y 479 LEC » se compone de un solo motivo, del siguiente tenor literal:

«contradicción de la sentencia recurrida con la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales».

1.- Tras la enumeración de abundantes sentencias de Audiencias Provinciales, según se dice, unas «contradictorias» y otras que «comparten la tesis» de la sentencia recurrida, el escrito del recurso contiene un resumen de la práctica de comercialización por las entidades de las permutas financieras, una prolija reproducción de todos los hechos que alegó en su demanda así como un extenso resumen de las dos sentencias de instancia.

A continuación, el escrito identifica el motivo del recurso con la «existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales», que refiere a que «conste de manera notoria» la existencia de jurisprudencia contradictoria sobre el problema jurídico planteado, problema que identifica con los «motivos» que se vienen aduciendo para declarar o no la nulidad de los contratos de permuta financiera por vicio del consentimiento del cliente.

El recurso alega la existencia de dos criterios distintos sobre una serie de cuestiones que considera controvertidas, como la suficiencia o no de la información proporcionada al cliente sobre las características, riesgos y efectos del contrato, sobre la aplicación o no a estos productos de cobertura de la normativa bancaria, sobre la idoneidad del cliente para suscribir el contrato y sobre la idoneidad del producto para alcanzar la finalidad de cobertura.

El escrito del recurso enumera a continuación sentencias de Audiencias estimatorias (seis de diversas secciones de la Audiencia Provincial de Barcelona y una de la de León) y otras sentencias desestimatorias (dos de la Audiencia Provincial de Cádiz y dos de la de Valladolid) de acciones de nulidad de contratos de permuta financiera y añade que la sentencia recurrida es «totalmente contradictoria con las sentencias anteriormente enumeradas» que declaran la nulidad.

Se transcriben inmediatamente, sin más, fragmentos de fundamentos de dos sentencias estimatorias (el fundamento séptimo de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 14.ª, 167/2014, de 15 de mayo y el fundamento tercero de la de la Audiencia Provincial de León, sec. 1.ª, 107/2012, de 8 de marzo) en las que se apreció que la información proporcionada por la entidad financiera no fue suficiente. Como conclusión destacada final de toda la exposición anterior afirma que resulta evidente que hay sentencias contradictorias sobre la aplicación de las mismas normas al mismo supuesto de hecho y entiende que esa es la razón última de la casación. Añade que la cuestión jurídica controvertida en las sentencias aportadas y contradictorias con la recurrida es la validez o nulidad de los contratos de permuta financiera de tipos de interés suscritos como cobertura de los riesgos de tipos de interés vinculados al mismo y referenciados a tipos de interés variable. Termina suplicando que se estime el recurso, se anule la sentencia recurrida y se dicte sentencia de conformidad con lo solicitado en el suplico de la demanda.

2.- En trámite de oposición, el banco recurrido ha alegado que el recurso debe ser inadmitido. Como causas de inadmisión alega: i) que no se expresa la jurisprudencia que se solicita de la sala, ni el problema jurídico sobre el que existe la contradicción que se alega; ii) que no hay criterios dispares entre las sentencias de las Audiencias que se invocan y menos aún mantenidos con la suficiente extensión y nivel de trascendencia como para que puedan calificarse como jurisprudencia operativa en el grado jurisdiccional correspondiente a esos tribunales; iii) que no existe igualdad ni similitud en los problemas resueltos por las sentencias invocadas; iv) que las diferentes soluciones dependen de las circunstancias fácticas en cada caso. Subsidiariamente, solicita la desestimación del recurso, sin más detalle.



TERCERO.- El recurso incurre en la causa de inadmisión del ordinal 2.º del art. 483.2 LEC , por lo que en este acto procesal procede su desestimación.

1.- Esta sala ha reiterado la procedencia de desestimar el recurso de casación por inadmisión cuando no se identifica la norma infringida (de modo reciente, en asuntos similares al presente, en las sentencias 546/2016, de 16 de septiembre , 733/2016, de 20 de diciembre y 246/2017, de 20 de abril). Aplicando esta doctrina al presente caso, hay que recordar que el recurso de casación exige claridad y precisión en la identificación de la infracción normativa (art. 477.1 LEC) lo que se traduce no solo en la necesidad de que su estructura sea muy diferente de la de un mero escrito de alegaciones, sino también en la exigencia de una razonable claridad expositiva para permitir la individualización del problema jurídico planteado (art. 481.1 y 3 LEC), la fundamentación suficiente sobre la infracción del ordenamiento jurídico alegada (art. 481.1 LEC) y el respeto a la valoración de la prueba efectuada en la sentencia recurrida.

Por esto se viene reiterando que la imprescindible claridad y precisión del recurso de casación exige una estructura ordenada que posibilite un tratamiento separado de cada cuestión, con indicación de la norma infringida y, además, que el recurrente argumente la infracción con claridad para permitir la individualización del problema jurídico planteado, de tal forma que no cabe una argumentación por acarreo que se limite a la genérica afirmación de que la sentencia yerra en la decisión de los extremos que se indican.

No es posible transformar la casación en una tercera instancia a fin de que sea esta sala la que, supliendo la actividad que la norma atribuye a la parte, investigue si el agravio denunciado deriva de una infracción sustantiva, identifique la norma vulnerada y construya la argumentación del recurso a fin de precisar en qué y por qué resulta infringido el derecho aplicable a la decisión del caso (en este sentido, sentencias 965/2011, de 28 de diciembre , 957/2011, de 11 enero de 2012 , 185/2012, de 28 de marzo y 348/2012, de 6 de junio , entre otras muchas).

2.- Es plenamente aplicable la doctrina de la sala al recurso aquí examinado porque el escrito de interposición del recurso incumple en su formulación los requisitos más básicos o elementales.

El escrito de interposición del recurso de casación no cumple el requisito básico de todo recurso de casación, en cualquiera de sus modalidades, porque no se funda en el único motivo que la ley establece para el recurso de casación, que es la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (art. 477.1 LEC). En el caso, ni en el encabezamiento ni en todo el desarrollo del recurso, se identifica la norma jurídica que habría infringido la sentencia recurrida.

El motivo en el que debe fundarse el recurso de casación, la infracción de norma aplicable que permita un pronunciamiento del Tribunal Supremo acerca de si la aplicación del Derecho ha sido o no correcta, no puede identificarse con la invocación de existencia de interés casacional. Que la resolución del recurso presente interés casacional es tan solo uno de los criterios relevantes en la selección de asuntos que pueden acceder a la casación (art. 477.2.3.º LEC). En consecuencia, la falta de mención en el escrito de interposición del motivo en que se funda el recurso no puede subsanarse, como hace el recurrente, con la invocación de la existencia de «contradicción de la sentencia recurrida con la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales».

Por otra parte, la formulación del escrito de interposición del recurso es genérica y ambigua y no concreta sobre cuál de los argumentos utilizados por la sentencia recurrida para sostener que la información fue suficiente existe contradicción entre las Audiencias (por ejemplo, que el representante de la empresa es administrador de varias sociedades, que actuó asesorado por un director de banca, que en la medida en que haya podido incurrirse en un déficit de información no cabe derivar sin más la nulidad del contrato, que cuando las liquidaciones fueron positivas para la actora nada dijo entonces y solo intentó desvincularse cuando se materializó la eventualidad prevista en el contrato y ya no le era rentable, que actuaría con manifiesta negligencia si contrató exclusivamente por la confianza que le merecía el banco y prescindiendo de personas con conocimiento).

La parte recurrente se limita a afirmar que la sentencia recurrida es contradictoria con las sentencias de Audiencia que cita en las que, según refiere, para casos similares de contratos de permutas financieras por empresas y particulares, se ha declarado la nulidad. Ello le lleva a considerar que, en atención a los hechos probados, la respuesta de la Audiencia tuvo que ser favorable a la declaración de nulidad y para ello se apoya en sentencias que se dicen dictadas ante la misma situación fáctica y que optaron por esta solución. Identifica la cuestión jurídica controvertida con el tema genérico de la validez o nulidad de los contratos de permuta financiera de tipos de interés suscritos como cobertura de los riesgos de tipo de interés variable que gocen de gran complejidad.

En definitiva, el escrito no se adapta «a la finalidad de los requisitos exigidos para el recurso de casación: que el control que se realice por el Tribunal Supremo recaiga sobre cuestiones de naturaleza jurídica, no fáctica,



dirigida a la correcta interpretación de las normas legales, que permita establecer una doctrina jurisprudencial sobre tales preceptos. Lo que exige la delimitación suficiente del problema jurídico sometido a la sala, que permita también que la parte recurrida pueda realizar alegaciones en su defensa» (sentencias 562/2016, de 23 de septiembre , 149/2017, de 2 de marzo).

Todo ello ha impedido «que la parte recurrida pueda haberse opuesto adecuadamente al recurso, sabiendo cuáles eran las cuestiones relevantes, y que el tribunal haya podido abordar las cuestiones jurídicas planteadas» (sentencias 667/2016, de 14 de noviembre , 149/2017, de 2 de marzo). En el presente caso, la falta de claridad en la identificación de la infracción de norma ha llevado a la parte recurrida a articular su defensa incidiendo en aspectos formales (óbices de admisibilidad) y a solicitar su desestimación.

Concurre por tanto una causa absoluta de inadmisión que, en este momento, se convierte en causa de desestimación, de acuerdo con la doctrina de esta sala sobre causas absolutas y relativas de inadmisibilidad fijada en auto de pleno de 6 de noviembre de 2013 (recurso 485/2012) y asumida también en sentencias posteriores como las 351/2015, de 15 de junio , 550/2015, de 13 de octubre , 577/2015, de 5 de noviembre , 188/2016, de 18 de marzo , y 331/2016, de 19 de mayo .

CUARTO.- Desestimado el recurso de casación, imponemos las costas del recurso a la parte recurrente (arts. 398.1 y 394.1 LEC), quien, conforme a la disposición 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 la demandante Andal Oil S.L.N.E. contra la sentencia dictada el 30 de mayo de 2014 por la Audiencia Provincial de Cádiz (sección 8.ª) en el recurso de apelación n.º 259/2013 . **2.º-** Imponer las costas a la parte recurrente, que perderá el depósito constituido. Líbese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.