



Roj: **STS 2262/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2262**

Id Cendoj: **28079110012017100354**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/06/2017**

Nº de Recurso: **288/2015**

Nº de Resolución: **372/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP PO 2443/2014,**
STS 2262/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 9 de junio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 28 de noviembre de 2014, dictada en recurso de apelación núm. 490/2013, de la sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 370/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Vigo; recurso interpuesto ante la citada audiencia por Maderas Gran Vía de Galicia S.L., representado por el procurador D. César Ángel Escariz Vázquez en primera y segunda instancia, bajo la dirección letrada de Dña. Vanesa Fernández Escudero, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el procurador D. Álvaro Ignacio García Gómez en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Bankinter S.A. representado por la procuradora Dña. Rocío Sampere Meneses bajo la dirección letrada de D. Francisco Javier Fernández Bermúdez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- La mercantil Maderas Gran Vía de Galicia S.L., representada por el procurador D. César Ángel Escariz Vázquez y asistido del letrado D. Santiago Basart Pinatelli, 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, con estimación de la misma:

»a) Se declare la anulación de los contratos de permuta financiera relacionados en el hecho primero, procediéndose en consecuencia a la anulación de todos los cargos y abonos efectuados por la demandada en las cuentas de Maderas Gran Vía de Galicia, S.L., en virtud de los contratos anulados, de manera que ninguna de las partes resulte acreedora ni deudora respecto a la otra en virtud del mismo.

»b) Se condene a la demandada a restituir a Maderas Gran Vía de Galicia S.L., cuantos intereses, comisiones y gastos de cualquier clase, se hayan cargado en cualquiera de sus cuentas, como consecuencia y/o derivados del contrato anulado.

»c) Se condene a la demandada al pago de los intereses legales devengados por las cantidades satisfechas Maderas Gran Vía de Galicia S.L., 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.- El demandado Bankinter S.A. contestó a la demanda, actuando en su representación la procuradora Dña. Rosa de Lis Fernández y bajo la dirección letrada de D. José Ocampo Martínez, y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que se dicte sentencia desestimando en su integridad la demanda interpuesta por la parte actora, con expresa imposición de costas a la demandante».

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Vigo se dictó sentencia, con fecha 30 de abril de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Desestimo íntegramente las pretensiones de Maderas Gran Vía de Galicia S.L. y absuelvo a Bankinter S.A.; con expresa condena en costas de la parte actora».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora, la sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra dictó sentencia, con fecha 28 de noviembre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Desestimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. César Escariz Vázquez, en nombre y representación de la entidad Maderas Gran Vía de Galicia S.L., contra la sentencia de fecha 30 de abril de 2013, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Vigo, confirmamos la misma, con imposición a la parte apelante de las costas procesales causadas en el recurso».

TERCERO.- 1.- Por Maderas Gran Vía de Galicia S.L. se interpuso recurso de casación por interés casacional basado en el siguiente:

Motivo único.- Contradicción de la sentencia recurrida con la jurisprudencia de audiencias provinciales. La sentencia recurrida es directamente contradictoria con la sentencia de 15 - 5 - 2014 (166/2014) y sentencia de 15-5-2014 (167/2014) ambas de la sección 14.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, sentencia de 5-3-2014 (76/2013) y sentencia de 16-7-2014 (213/2013) ambas de la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia. Por el contrario, comparte la tesis de la sentencia apelada, la sentencia de 4-3-2014 (136/2014) de la sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra .

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 21 de septiembre de 2016, se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. Rocío Sampere Meneses, en nombre y representación de Bankinter S.A., presentó escrito de oposición al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 6 de junio de 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Antecedentes .

En la demanda origen del presente recurso se ejercita acción de nulidad de cuatro contratos swap. Tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación que la confirmó, desestimaron la demanda.

En el examen de estos razonamientos de la sentencia recurrida debe destacarse que la audiencia ha girado en torno a la posibilidad de examen de los contratos y la información contenida en los mismos. Se argumenta también la posible existencia de una confirmación del negocio anulable al suscribir un último contrato en agosto de 2009, cuando se le había hecho un cargo negativo en su cuenta de 6.023,58 euros. En relación a la cláusula de cancelación anticipada se aduce que era conocedor del coste alto cuando contrató este último contrato y por último, se razona que el administrador tenía relaciones habituales en la gestión con los bancos.

Estos son los razonamientos que se destacan de la sentencia:

«(...)No obstante resulta necesario señalar otras estipulaciones contenidas en las Condiciones Generales de los Contratos de Gestión de Riesgos Financieros, y la propia parte actora aportó dicho documento respecto al primer contrato de 11 de septiembre de 2007; y así en el exponendo II se indica que "El Cliente conoce y acepta que los instrumentos financieros que suscribe conllevan un cierto grado de riesgo derivado de factores



asociados al funcionamiento de los mismos, como la volatilidad o la evolución de los tipos de interés, de manera que, en caso de la evolución de esos tipos de interés sea contraria a la esperada o se produzca cualquier supuesto extraordinario que afecte a los mercados, se podría reducir o incluso anular el beneficio económico esperado por el Cliente en el presente contrato". Ciertamente en dicha estipulación no se hace referencia a la posibilidad de contraer deudas a consecuencia de las liquidaciones que se practiquen, sino tan solo a que se podría reducir o anular el beneficio económico esperado; sin embargo debemos tener en cuenta que en el hecho segundo de la demanda se hace constar que el señor Pedro preguntó al señor Secundino (persona que le ofreció el producto en nombre de la entidad bancaria) qué sucedía si el Euribor bajaba y este le contestó que en ese caso la empresa tendría que pagar; este reconocimiento expreso ratifica lo indicado en la cláusula 3 de las Condiciones particulares del contrato, que indica que "El Producto de Gestión del Riesgo, implicará que periódicamente se realicen una serie de liquidaciones, que generarán un resultado positivo o negativo para el cliente. En las Condiciones Particulares de cada Producto se establecerá la periodicidad de las liquidaciones asociadas al mismo. En cada una de dichas liquidaciones se producirá un intercambio consistente en un cargo por la parte a pagar por el cliente y un abono por la parte a pagar por el banco, de tal modo que el resultado neto será el que resulte de la aplicación de la fórmula de Gestión del Riesgo que se haya pactado en las correspondientes condiciones particulares". En la cláusula 6-2 se dispone que "Si el cliente solicitara la cancelación anticipada del producto en una fecha no incluida entre las -ventanas de cancelación-, el resultado económico de la misma, que vendrá determinado por las condiciones de mercado en el momento de la solicitud podrá verse minorado por el coste o perjuicio que esta cancelación anticipada haya ocasionado al Banco y que este podrá repercutirle". En la cláusula 7-2 se indica que "Por el presente contrato el cliente faculta al Banco para vender los valores representados por títulos o anotaciones en cuenta, propiedad del cliente que estén depositados en el Banco por cualquier título y aplicar el importe de la venta a la cancelación total o parcial de las posiciones deudoras derivadas de las operaciones que se regulan en el presente contrato" y en el párrafo 3 de la misma cláusula se dice que "En caso de incumplimiento de este contrato, se establece a favor del Banco un derecho de retención hasta el límite de la deuda". En las Condiciones Particulares de los contratos dentro del apartado "liquidaciones" se hace referencia a que dentro de cada período se producirá una única liquidación resultante del neto de dos conceptos: que el cliente paga y que el cliente recibe.

»Todas las estipulaciones indicadas hacen referencia a la posible existencia de deuda del cliente frente a la entidad bancaria a consecuencia de las liquidaciones dimanantes del contrato, por lo que, y ante el reconocimiento expreso de tal circunstancia por la propia parte demandante, no cabe alegar un desconocimiento de la posibilidad de que se genere un saldo deudor.

»La parte recurrente alega que la demandante no conoció realmente la naturaleza y contenido del contrato, así como las obligaciones y riesgos que implicaba, discrepando de tal argumento la parte demandada. En la demanda se indica que el señor Carlos José dio su conformidad a la firma del producto en base a las explicaciones que del mismo le dio Don Juan María y cuando fue a la oficina para firmarlo se lo exhibieron y "cuando empieza a leer sus cláusulas, solo acierta a ver en las mismas un producto que va a proteger a la empresa de las subidas seguras e inminentes del Euribor". Por lo tanto la actora reconoce que, como es lógico, se leyó el contrato antes de firmarlo. Pero además con el escrito de contestación a la demanda se aporta como documento nº 12, que no ha sido impugnado por la parte demandante, un correo electrónico de fecha 25/9/08 dirigido por don Juan María a don Carlos José en el que se le adjunta copia del contrato "Clip Bankinter Extra 08 6" para que lo remita firmado. No hay duda entonces de que la actora pudo examinar detenidamente el citado documento -lo que no acontece cuando se produce la exhibición del contrato en la oficina bancaria para recoger la firma del contratante en dicho instante- e incluso realizar las consultas que estimase pertinentes en relación con el mismo a personal de la demandada o a terceras personas.

»TERCERO.- No existe duda que existían riesgos y que la demandante era conocedora de tal hecho, tal y como resulta del reconocimiento expreso en la contestación a la demanda, del apartado II del exponendo y de las cláusulas ya reseñadas de las Condiciones Generales del contrato.

... En este caso el representante legal de la entidad actora consideró adecuada la contratación del producto a la vista de la información que se le facilitó, pero niega haber recibido cumplida información del producto contratado. Sin embargo ante la discrepancia entre las partes acerca de la información realmente suministrada, pues no consta que se le hayan facilitado los folletos aportados con la contestación a la demanda, concurre un hecho relevante, cual es que pese a que en el mes de marzo de 2009 la entidad actora ya era conocedora del cargo efectuado en su cuenta por importe de 6.023,58 euros ante la bajada experimentada por el Euribor y por lo tanto de las consecuencias adversas que ese tipo de contrato podía reportarle, pese a ello decidió en el mes de agosto de 2009 suscribir un nuevo swap y en el documento firmado sí se ofrece una cumplida información sobre las características y riesgos que puede entrañar dicho producto, como también se reconoce en la demanda.



»No cabe concluir, como se aduce a través del recurso, que la eventual nulidad del primer contrato suscrito entre los litigantes debe propagarse a los posteriores que guardan relación con el mismo; sino que, por el contrario, la firma del último contrato en el mes de agosto de 2009 supone una confirmación de los anteriores, pues pese a conocer en dicho instante, ya sin género de duda, los riesgos que pueden resultar de la suscripción de ese producto decidió contratarlo, asumiendo así de forma consciente los mismos, por lo que sí cabe deducir la existencia de una confirmación tácita de los contratos anteriores en base a la doctrina de los actos propios, ya que ese acto posterior convalida los anteriores. No se consideran válidas las explicaciones ofrecidas acerca de que el nuevo swap pretendía sustituir al primero contratado al tener unas mejores condiciones económicas, ya que el de 11/9/07 -aunque con liquidaciones negativas trimestrales superiores al de 3/8/09- vencía el 27/9/10 (duración 3 años) mientras que el último vencía el 7/11/11 (duración 2 años y 3 meses), pero en el primero las liquidaciones no fueron negativas hasta marzo de 2009, cuando ya había transcurrido 1 año y 6 meses de la vigencia del producto.

»Se alega también que se desconocía el coste real de la cancelación del producto, ya que no se le ofreció información concreta al respecto. Ciertamente a la vista de lo expresado sobre este punto en los contratos no resulta posible determinar el importe exacto, ya que en los mismos solo se hace referencia a la existencia de una serie de ventanas para poder solicitar la cancelación anticipada y que el precio de cancelación será acorde con la situación de mercado en cada una de esas fechas. Sin embargo en la demanda se indica que cuando se produjeron las primeras liquidaciones negativas, en marzo de 2009, el señor Carlos José se puso en contacto con el señor Juan María y le pidió información sobre el coste de cancelación de los tres clips que tenía contratado y este le indicó que en ese momento el coste aproximado era de 120.000 euros. Pese a ello optó por suscribir un nuevo clip. Se alega que tampoco en este último se le informó del coste real de la cancelación, pero esta solo puede cuantificarse en el momento en que se pretenda llevar a cabo la misma, porque el importe oscila en función del mercado, por lo que no se puede fijar una cantidad concreta al firmar el contrato. Sin embargo, como acabamos de señalar, la entidad actora contrató el producto aunque ya era conocedora del alto coste que podría alcanzar la cancelación.

»Hay que tener en cuenta además que la sociedad "Maderas Gran Vía de Galicia, S.L." es una empresa de una cierta entidad, puesto que, según los datos aportados con la contestación a la demanda que no han sido impugnados, en el año 2008 tenía un patrimonio neto de 496.754,90 euros, que ascendió en el año 2010 a 657.035,12 euros con reducción del pasivo, y con una facturación en el año 2008 superior a 4.000.000 euros. El administrador de la sociedad lo era además de otras cuatro entidades dedicadas al mismo sector productivo, siendo él quien personalmente llevaba las gestiones con bancos y entidades de crédito, por lo que cabe presumir un cierto desenvolvimiento y conocimiento de determinadas operaciones financieras, y ello con independencia de su concreta titulación académica y de las inversiones que efectúe a nivel particular. Se reconoce además que la sociedad disponía de personal para cuestiones de contabilidad y este, junto con cualquier otro asesoramiento profesional externo e independiente de la mera información que en cada momento le pudiesen facilitar las entidades bancarias, podía ayudarle a comprender y valorar la conveniencia de suscribir los contratos litigiosos. Por lo tanto el error que se denuncia es solamente imputable al demandante, que pudo fácilmente evitarlo antes de vincularse a través de los contratos concertados, solicitando, cual haría cualquier persona diligente, el oportuno consejo y aclaración antes de suscribirlos, de modo que debemos concluir que en este caso no concurre el presupuesto de excusabilidad del error, máxime a la vista de la última suscripción de un nuevo contrato en el que se facilitó todo tipo de información sobre el producto y cuando ya conocía de forma concreta y directa los riesgos que el mismo podía entrañar en función de las minoraciones que experimentase el Euribor».

SEGUNDO .- Motivo único. Contradicción de la sentencia recurrida con la jurisprudencia de audiencias provinciales. La sentencia recurrida es directamente contradictoria con la sentencia de 15-5-2014 (166/2014) y sentencia de 15-5-2014 (167/2014) ambas de la sección 14.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona , sentencia de 5-3-2014 (76/2013) y sentencia de 16-7-2014 (213/2013) ambas de la sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Bizkaia . Por el contrario, comparte la tesis de la sentencia apelada, la sentencia de 4-3- 2014 (136/2014) de la sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Pontevedra .

Se desestima.

En el recurso no se expresa el precepto infringido, limitándose a citar la doctrina jurisprudencial que podría contradecir lo declarado en la sentencia recurrida.

La no cita del precepto priva a esta sala de la posibilidad de analizar la infracción que se pretende, lo cual ya fue advertido por el recurrido como causa de inadmisibilidad.

En este sentido declara la sentencia 755/2013, de 3 de diciembre :



«Los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, se hallan sometidos a ciertas exigencias formales que se traducen, entre otras exigencias, en la necesidad de indicar con claridad y precisión la norma que se pretende infringida y en la imposibilidad de acumular por acarreo argumentos inconexos determinantes de la falta de la razonable claridad expositiva para permitir la individualización del problema jurídico planteado (en este sentido, sentencias núm. 965/2011 de 28 de diciembre , 957/2011, de 11 enero de 2012 , 185/2012, de 28 de marzo y 557/2012, de 1 de octubre)».

En igual sentido declara la sentencia 313/2017 de 18 de mayo :

«El recurso ha de ser desestimado por incurrir en las causas de inadmisión de los ordinales 2.º y 4.º del art. 483.2 LEC , apreciables en este acto procesal como razones de desestimación, ya que incumplen el requisito básico o primigenio de todo recurso de casación consistente en citar «las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso que se consideren infringidas» (art. 477.1 LEC).

»Este requisito, como dispone el acuerdo del Pleno de esta sala de 27 de enero de 2017 recordando de nuevo una doctrina jurisprudencial constante y uniforme, es común a todas las modalidades del recurso de casación, incluido por tanto el recurso por interés casacional en su modalidad de existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales...».

TERCERO .- Desestimado el recurso al concurrir causa de inadmisión, procede imponer las costas de la casación al recurrente, con la pérdida del depósito constituido para recurrir (arts. 394 y 398 LEC).

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 Maderas Gran Vía de Galicia S.L., contra sentencia de 28 de noviembre de 2014, dictada en el rollo de apelación núm. 490/2013, de la sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra . **2.º**- Confirmar la sentencia recurrida. **3.º**- Se imponen al recurrente las costas de la casación, con la pérdida del depósito constituido para recurrir. Líbese 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.