



Roj: **STS 119/2017 - ECLI:ES:TS:2017:119**

Id Cendoj: **28079110012017100027**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/01/2017**

Nº de Recurso: **1661/2013**

Nº de Resolución: **25/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BU 492/2013,**  
**STS 119/2017**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 18 de enero de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Burgos, sección 3.ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Burgos. Los recursos fueron interpuestos por la entidad Proyectos y Fincas Doble M, S.L., representada por el procurador Antonio Rodríguez Nadal. Es parte recurrida la entidad Bankinter S.A., representada por la procuradora Rocío Sampere Meneses.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **PRIMERO.** *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador Miguel Ángel Esteban Ruiz, en nombre y representación de la entidad Proyectos y Fincas Doble M, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Burgos, contra la entidad Bankinter, para que se dictase sentencia:

«Primero.- Declare la nulidad del contrato de condiciones generales del contrato de gestión de riesgos financieros y contratos de condiciones particulares anexas, acompañados como documentos 24 y 25, suscritos por Proyectos y Fincas Doble M, S.L.U., así como cuantos otros sea necesario anular para la eficacia de cuanto aquí se pretende.

Segundo.- Condene a la demandada a estar y pasar por tal declaración, debiendo volver las partes a la situación en la que se encontraban con anterioridad a la firma de referidos contratos y, en su consecuencia, condenando a Bankinter S.A., a la devolución de las cantidades abonadas por Proyectos y Fincas Doble M, S.L.U. en cuanto superen la cifra de las cantidades percibidas por mi representada.

Tercero.- Subsidiariamente, declare la nulidad por abusivas, de las cláusulas 6, 7 y 10 del contrato general o marco, de su exponiendo, así como todas las condiciones particulares, declarando en su consecuencia nulos los contratos acompañados como documentos nº 24 y 25, condenando a Bankinter a la devolución de las cantidades cobradas a Proyectos y Fincas Doble M, S.L.U. a través de las liquidaciones negativas giradas contra ella y en cuanto superen el importe correspondiente al que suponga quedar anulado el beneficio que hubiera podido obtener el cliente con anterioridad a su generación.

Cuarto.- Se condene al pago de las costas procesales a la parte demandada, no solo por estimación de las pretensiones de esta parte, sino también por su manifiesta mala fe contractual»



2. El procurador Fernando Santamaría Alcalde, en representación de la entidad Bankinter S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«por la que acuerde desestimar íntegramente la demanda, todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Burgos dictó sentencia con fecha 31 de enero de 2013, con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Que desestimando la demanda interpuesta por el procurador Don Miguel Ángel Esteban Ruiz, en nombre y representación de Proyectos y Fincas Doble M. S.L. contra Bankinter S.A., representada por el procurador Don Fernando Santamaría Alcalde, debo absolver y absuelvo a la demandada de los pedimentos deducidos en su contra en la demanda. Todo ello con imposición de costas a la parte actora».

#### **SEGUNDO.** *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Proyectos y Fincas Doble M, S.L.

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Burgos, mediante sentencia de 29 de mayo de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Estimar en cuanto se estima el recurso de apelación, y con revocación de la sentencia de instancia, declarar la nulidad de la cláusula de cancelación anticipada, sexta, del contrato general del contrato de gestión de riesgo financieros, doc. 24 demanda, y Ventanas de Cancelación de las Condiciones Particulares, doc. 25 demanda; sin hacer especial imposición de las costas procesales causadas en ambas instancias».

#### **TERCERO.** *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1. El procurador Miguel Ángel Esteban Ruiz, en representación de la entidad Proyectos y Fincas Doble M, S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Burgos.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal:

«1º) Infracción del art. 218.1 de la LEC .

2º) Infracción del art. 217 núm. 7, en relación con lo dispuesto en el mismo artículo núms. 2 y 3.

3º) Infracción por falta de aplicación del art. 217, núm. 7, en relación con el art. 79 y 79 bis de la Ley de Mercado de Valores y artículos 60 y 64 del RD 217/2008 ».

El motivo del recurso de casación se refiere a la contradicción entre audiencias sobre la ineficacia total del contrato litigioso.

2. Por diligencia de ordenación de 4 de julio de 2013, la Audiencia Provincial de Burgos, sección 3ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Proyectos y Fincas Doble M, S.L., representada por el procurador Antonio Rodríguez Nadal; y como parte recurrida la entidad Bankinter S.A., representada por la procuradora Rocío Sampere Meneses.

4. Esta sala dictó auto de fecha 21 de septiembre de 2016, con la siguiente parte dispositiva:

«Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la entidad Proyectos y Fincas Doble M, S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 29 de mayo de 2013, por la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3.ª, en el rollo de apelación n.º 98/2013, dimanante del juicio ordinario 90/2012, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Burgos».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Bankinter, S.A., presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 1 de diciembre de 2016, en que ha tenido lugar.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

##### **PRIMERO.** *Resumen de antecedentes*



1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

El 30 de abril de 2008, Bankinter concedió a la entidad Proyectos y Fincas Doble M, S.L.U. (en adelante, Proyectos) una préstamo hipotecario de 2.780.000 euros.

Ese mismo día, las partes firmaron las condiciones generales y las condiciones particulares del contrato de gestión de riesgos financieros (Clip Bankinter Gredos).

Las tres primeras liquidaciones de este contrato de swap fueron positivas para el cliente: en agosto de 2008 recibió un abono a su favor de 1.579,33 euros; en noviembre de 2008 otro abono de 2.467,50 euros y en febrero de 2009, otro abono de 37,92 euros.

A partir de la liquidación de mayo de 2009, que resultó negativa para el cliente en 16.800 euros, las siguientes liquidaciones fueron negativas. De tal forma que las liquidaciones negativas, antes de la cancelación del swap, sumaban 216.278,01 euros.

El 10 de mayo de 2010, se canceló el swap, a petición del cliente, con un coste para el de 126.569,00 euros.

2. Proyectos interpuso una demanda en la que ejercitaba una acción de nulidad del contrato de swap, que afectaba a las condiciones generales y particulares, basada en la concurrencia de error vicio, y la consiguiente condena a restituirse las prestaciones recibidas. Subsidiariamente, la demanda pedía la nulidad por abusivas de las cláusulas 6, 7 y 10 de las condiciones generales y la totalidad de las condiciones particulares, y en consecuencia la declaración de nulidad del contrato y la devolución de las prestaciones recibidas.

3. La sentencia dictada en primera instancia desestimó tanto la acción de nulidad por error vicio, como la de nulidad por el carácter abusivo de algunas de sus cláusulas.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la demandante. La Audiencia confirma, en su sentencia, la desestimación de la nulidad por error vicio. Sin embargo, entiende que la cláusula relativa a la resolución anticipada y el coste de dicha resolución sí que es nula, y la anula. Pero anula sólo esta cláusula.

Antes, al comienzo de su fundamentación jurídica, advierte que a su entender el recurso se había ceñido a instar la nulidad de la cláusula relativa a la resolución anticipada, y por ende del contrato; y que había abandonado la petición de nulidad por error vicio.

5. Frente a la sentencia de apelación, el demandante formula recurso extraordinario por infracción procesal, articulado en tres motivos, y recurso de casación sobre la base de un solo motivo.

La parte recurrida se opone a la admisión del recurso, al entender que resultaba inadmisibile el recurso de casación, como consecuencia de su defectuosa formulación. Y, como consecuencia de ello, cabía interponer aisladamente el recurso extraordinario por infracción procesal.

## **SEGUNDO.** Desestimación de ambos recursos por improcedencia del recurso de casación

1. *Formulación del motivo de casación* . El motivo carece de una formulación clara, en la que se especifique cuál es la norma jurídica infringida. Lo más parecido a una formulación del motivo se encuentra en el ordinal 4º de lo que identifica, al comienzo del recurso, como «requisitos legales». En ese apartado se refiere a la contradicción entre audiencias:

«acerca de la ineficacia total del contrato litigioso, como consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula de cancelación anticipada -cláusula sexta de las condiciones generales y la respectiva ventana de cancelación de las condiciones particulares del repetido contrato-, todo en aplicación de lo dispuesto en los artículos 7, 9 y 10 de la LCGC, en relación con el artículo 1288 del Código Civil . Presenta por tanto el asunto interés casacional, de conformidad con lo dispuesto en el art. 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , toda vez que resulta necesario un pronunciamiento definitivo sobre si la cláusula de cancelación anticipada contenida en el contrato de condiciones generales de gestión de riesgos financieros y ventanas de cancelación contenidas en el condicionado particular de dicho contrato tiene carácter esencial, produciendo su declaración de nulidad, la ineficacia total de contrato, o, si por el contrario, referida cláusula accesoria, de manera que su nulidad no producirá efecto alguno sobre la pervivencia y eficacia del contrato».

El recurso, después del apartado dedicado a los requisitos legales, contiene el título «motivos», en el que aparece la mención «UNICO.-», sin que se diga o formule el motivo a continuación. En la línea siguiente, aparece otro título denominado «Antecedentes», en el que el recurrente relata lo ocurrido y se entremezcla con razones para la estimación de sus pretensiones, como si de un escrito de alegaciones de la instancia se tratara.

Después del apartado de Antecedentes, viene el denominado «DESARROLLO DEL MOTIVO», en el curso del cual se expone lo siguiente:



«En relación con la declaración de nulidad de la cláusula de cancelación anticipada del contrato y ventanas de cancelación contenida en las condiciones particulares del mismo, solicitaba esta parte, con apoyo en la jurisprudencia que a continuación se dirá, que fruto de la referida declaración se determinara a su vez la nulidad total del contrato, sin posibilidad de reintegración alguna, ni eficacia contractual, por constituir, la posibilidad de cancelación anticipada, un elemento esencial de este tipo de contratos según se desprende de L.M.V. arts. 79 y 79 bis; R.D. 217/2008, de 15 de febrero, Título V, arts. 60 a 66 y arts. 72 a 76».

**2. Improcedencia de la admisión del motivo .** En la medida en que el recurso de casación ha de fundarse en la infracción de normas sustantivas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso ( art. 477.1 LEC ), esta sala viene exigiendo para su admisión, entre otros requisitos, que en el escrito de interposición del recurso se indique de forma clara la norma sustantiva, la jurisprudencia de la Sala Primera del TS o el principio general del Derecho que se denuncian infringidos por la sentencia recurrida. Esta indicación debe hacerse en el encabezamiento o formulación de cada motivo o deducirse claramente de su formulación, sin necesidad de acudir al estudio de su fundamentación.

En nuestro caso, el recurso carece de una formulación del motivo, razón por la cual ha dejado de cumplir con esta exigencia de identificar la norma sustantiva y la jurisprudencia aplicables para la resolución de la controversia que se habrían infringido.

**3.** La inadmisión del recurso de casación, que se había interpuesto por la vía del ordinal 3º del art. 477.2 LEC , por interés casacional, da lugar a que tampoco tengamos por admitido el recurso extraordinario por infracción procesal. Conforme a la disposición final decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil , «solamente podrá presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación frente a las resoluciones recurribles en casación a que se refieren los números 1 º y 2º del apartado segundo del artículo 477 de esta Ley ».

#### **TERCERO. Costas**

Desestimados los dos recursos, extraordinario por infracción procesal y casación, procede imponer a la parte recurrente las costas generadas por ambos recursos.

#### **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 extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Proyectos y Fincas Doble M, S.L.U. contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (sección 3ª) de 29 de mayo de 2013 (rollo núm. 98/2013 ), que conoció de la apelación interpuesta frente a la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Burgos de 31 de enero de 2013 (juicio ordinario 90/2012). **2.º-** Imponer a la parte recurrente las costas ocasionados por ambos recursos, con pérdida del depósito constituido para recurrir al que se dará el destino legal. Líbrese a la mencionada Audiencia 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.