



Roj: **STS 635/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:635**

Id Cendoj: **28079110012018100095**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/02/2018**

Nº de Recurso: **952/2015**

Nº de Resolución: **97/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 16779/2014,**
STS 635/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 97/2018

Fecha de sentencia: 26/02/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 952/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 01/02/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: AUD. PROV. MADRID

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 952/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 97/2018

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena



D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 26 de febrero de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21.^a, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Collado Villalba. Los recursos fueron interpuestos por la entidad Rentflat Design 2006. S.L., representada por la procuradora Belén Montalvo Soto y bajo la dirección letrada de Ricardo García Varona. Es parte recurrida la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por la procuradora Alicia Oliva Collar y bajo la dirección letrada de Iñigo Villoria Rivera y Juan Díaz-Laviada Mesa.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora Begoña Lluva Rivera, en nombre y representación de la entidad Rentflat Design 2006 S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Collado Villalba, contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., para que se dictase sentencia:

«estimando íntegramente la misma y por la que se declare:

»- La nulidad radical, conforme a los Hechos y Fundamentos de Derecho expuestos, de los contratos de cobertura suscritos por mi mandante con la entidad ahora demandada, obligando a las partes contratantes a restituirse recíprocamente las prestaciones recibidas, con los intereses legales, en virtud de la nulidad declarada, condenando a la entidad demandada al reintegro a mi mandante de todas las liquidaciones negativas cargadas en su cuenta bancaria y las futuras que ascienden a fecha de esta demanda a 130.381,09 euros, con igual fecha valor, y a retroceder cuantos intereses, comisiones y gastos se hayan aplicado en dicha cuenta bancaria, como consecuencia del cargo de tales liquidaciones y las futuras. A su vez mi mandante restituya a la demandada las liquidaciones positivas habidas y las futuras, que en este momento ascienden a la cantidad de 7.830,22 €. Siendo la cantidad que debería recibir mi mandante a fecha de hoy de 122.550, 87 € más intereses legales y gastos.

»- Para el hipotético supuesto de que la nulidad instada fuese rechazada, declare la resolución del contrato actualmente vigente a instancias de mi representada, con efecto ex tunc desde la existencia del referido contrato por incumplimiento de la demandada en el deber de información y por incumplimiento de la normativa al respecto, y sin que esta tenga que asumir gasto alguno en virtud de dicha resolución, reintegrándosele las liquidaciones negativas que se le hayan ido aplicando a partir de los efectos de la declaración de resolución contractual.

»- Y para el hipotético supuesto de que tanto la nulidad como la anulación instadas fuesen rechazadas, se declare la resolución del contrato sin coste alguno, en base a que mi mandante al no tener ninguna información en torno a la fórmula o criterios conforme se calcula resultando imposible que haya prestado consentimiento a lo que nunca conoció (falta de objeto cierto)».

2. El procurador Esteban Muñoz Nieto, en representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

«en la que se desestimen íntegramente las peticiones formuladas en la demanda, condenando a la demandante al pago de las costas causadas».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Collado Villalba, dictó sentencia con fecha 25 de marzo de 2013, con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Estimar íntegramente la demanda interpuesta por Rentflat Design 2006 S.L., con los siguientes pronunciamientos:

»1. Declarar la nulidad del contrato de 20 de febrero de 2007 con referencia B00001804267, ordenándose la restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido material del contrato, con sus frutos y el precio con sus intereses, anulando los cargos y abonos (liquidaciones) efectuados por razón del contrato, todo ello con condena al pago de los intereses legales desde el momento del respectivo cargo en cuenta respecto a las cantidades anteriormente citadas.

»Condenar a la parte demandada al pago de las costas procesales».

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

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 21.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, mediante sentencia de 13 de noviembre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., contra la sentencia de fecha 25 de marzo de 2013, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de los de Collado Villalba, en los autos de Procedimiento Ordinario nº 122/2.012; en consecuencia, se revoca la sentencia y en su lugar se desestima la demanda formulada por Rentflat Design 2006 S.L. contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. absolviendo a la demandada de los pedimentos en su contra formulados sin expresa condena en costas a las partes debiendo cada una de ellas abonar las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

»Todo ello sin formular tampoco expresa imposición de costas en esta alzada y con devolución del depósito constituido para recurrir, que deberá solicitarse ante el Juzgado de Primera Instancia».

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

1. La procuradora Belén Montalvo Soto, en representación de la entidad Rentflat Design 2006 S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21.^a.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«1º) Infracción de las normas reguladoras de la sentencia en relación con los artículos 218, 458.3 y 461, todas ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 24, 120.3 CE por vulneración de los apartados 1 y 2 del art. 218 LEC, que establecen los requisitos de congruencia y motivación de las sentencias, y por infracción del derecho a obtener una resolución fundada en Derecho sobre las pretensiones deducidas oportunamente en pleito, consagrado por el art. 24 CE y 120.3 CE.

»2º) Infracción del art. 272 LEC y 24 CE.

»3º) Infracción del art. 24 CE.»

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia infracción de la doctrina asentada en la Sentencia de la Sala Primera en Pleno de 18 de abril de 2013. Infracción por omisión de los arts. 79 bis LMV en su redacción actual y en todo caso, arts. -2, 63.1d) y 79.1 a) b) c) y e) LMV, art. 19 de la Ley 36/2003 de 11 de noviembre de medidas de reforma económica y 19 RD 2/2003; art. 1, 2, 4, 5, 6 del Anexo del código general de conducta RD 629/1993 de 3 de mayo sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios (EDL 1993/16198) (en adelante "código de conducta") y art. 2 a) y b) de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 7 de octubre de 1999, todos ellos vigentes al tiempo de la contratación -20 de febrero de 2007- oponiéndose a la doctrina que en todo caso vincula a los Jueces a interpretar el Derecho interno a la luz de la letra y la finalidad de las Directivas con independencia de que haya transcurrido o no el plazo de transposición. En particular, respecto de los productos financieros considerados complejos, a la luz de la Directiva 2004/39/CE de 21 de abril comúnmente conocida como MiFID "Markets in Financial Instruments Directive" (en adelante MIFID) - arts. 4.1.4 Y 19- y Directiva 1993/22/CEE - arts. 10, 11 y 12- afectando al vicio en el consentimiento. Infracción del art. 1261.1º, 1265, 1266 y 1301 del Código Civil.

»2º) «Al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia oposición a la doctrina fijada sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 por infracción del artículo 79 bis ordinales 3 y 6 LMV en atención a los arts. 64, 72 y 74 RD 217/2008 de 15 de febrero - art. 52 Directiva 2006/73 que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.1.4 y 19 Directiva 2004/39/CE y doctrina expuesta en sentencia TJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L. (C-604/2011) - de suerte que cuando el Banco realiza esa función de asesoramiento tiene la obligación de realizar un test de idoneidad- que suma al test de conveniencia el deber de recabar del cliente un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos, patrimonio) y los objetivos de la inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) -de forma que, como su propio nombre indica, el producto diseñado por él resulte idóneo a los objetivos del cliente. No es aplicable, como se ha hecho, el art. 79 bis 7 LMV. Infracción de los arts. 1260.1 y 3, art. 1265, 1266 y 1301 CC por concurrir error vicio excusable en el cliente minorista.

»3º) Al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia oposición a la doctrina fijada sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal de 20 de enero de 2014 por infracción del artículo 61 LSL, hoy



225.1 Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC) en relación con el alcance del deber de diligencia exigible a las partes en atención del art. 52 Directiva 2006/73 que aclara la definición del servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.1.4 y 19 Directiva 2004/39/CE - art. 79 bis LMV y arts. 64, 72 y 74 RD 217/2008 de 15 de febrero - y doctrina expuesta en sentencia TJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L. (C-604/2011) en relación con los arts. 2 y 79.1 a) b) c) y e) LMV, arts. 1, 2, 5 y 16 del código general de conducta RD 629/1993 de 3 de mayo sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios y arts. 1, 2, 4, 5, 6 de su anexo; art. 9 de la Orden Ministerial de 25 de octubre de 1995 y art. 2 a) y b) de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 7 de octubre de 1999. Infracción de los arts. 1261.1 y 3, art. 1265, 1266 y 1301 CC por concurrir error vicio excusable en el cliente minorista.

»4º) Al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia infracción de la doctrina asentada en la Sentencia de la Sala Primera Pleno de 20 de enero de 2014 y del Pleno de 18 de abril de 2013 en relación con los artículos 1265, 1266 y 1300 CC. La inexcusabilidad del error no la determina *per se* la formación académica sino la voluntad formada a partir de una creencia inexacta, presumible cuando el Banco asesor que recomienda el producto no ha informado sobre los concretos riesgos del mismo. Infracción de los arts. 2 y 79.1 a) c) y e) LMV, art. 1, 2, 5 y 16 del código general de conducta RD 629/1993 de 3 de mayo sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios y art. 1, 2, 4, 5, 6 y 7 de su Anexo (en adelante "código de conducta"), art. 9 de la Orden Ministerial de 25 de octubre de 1995, y art. 2 a) de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 7 de octubre de 1999, todos ellos vigentes al tiempo de la contratación».

2. Por diligencia de ordenación de 10 de marzo de 2015, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21.ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el 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 Rentflat Design 2006. S.L., representada por la procuradora Belén Montalvo Soto; y como parte recurrida la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por la procuradora Alicia Oliva Collar.

4. Esta sala dictó auto de fecha 18 de octubre de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de Rentflat Design 2006, S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 13 de noviembre de 2014, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21.ª, en el rollo de apelación n.º 553/2013, dimanante del juicio ordinario n.º 122/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Collado Villalba»

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria 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 febrero de 2018, 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, tal y como deja constancia de ellos la sentencia recurrida:

«Consta acreditado en las actuaciones que don Bartolomé administrador solidario de la mercantil RENTFLAT DESING 2006 S.L. concertó el 2 de octubre de 2.006 en nombre y representación de dicha sociedad un contrato de compraventa con subrogación de hipoteca con la compañía mercantil PROYECTOS INMOBILIARIOS TORRECASA S.L. en virtud del cual adquirió doce fincas que constan descritas en el contrato aportado como documento 1 de la demanda que consta en autos a los folios 90 y siguientes, por un precio global de 1.667.808 euros distribuido entre las fincas transmitidas de la forma en que quedaron descritas.

»Del precio global la vendedora confesó tener recibido 27.038,65 euros y de los restantes 1.640.769,35 euros correspondientes al saldo pendiente de amortizar de los préstamos reseñados (de los cuales 12.305,74 euros correspondían a cada uno de los garajes, 184.333,51 euros correspondían a la vivienda letra A, 338.796,01 correspondían a la vivienda letra B, 225.336,84 correspondían a la vivienda letra C, 255.366,07 correspondían a la vivienda letra D, 269.485,03 correspondían a la vivienda letra E y 293.617,45 a la vivienda letra F) los retenía la parte compradora para hacer pago a BBVA en la forma y plazo convenidos en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria por la que se constituyó, subrogándose tanto en la obligación personal como real derivada de la hipoteca que gravaba las fincas enajenadas.

»La demandante es una empresa familiar acogida al régimen de pequeña dimensión según manifestó en el acto del juicio su representante legal el Sr. Bartolomé . También éste reconoció que se le ofreció por el director de zona del banco de la sucursal de Torrelodones Sr. Herminio la contratación de un producto que le interesaría ambos - reduciría el riesgo para ambas partes- consistente en cubrir el riesgo de subida del tipo de interés que en aquellas fechas se preveía (se denomina por la demandada "producto de cobertura de tipos de interés"), tras las conversaciones mantenidas en la sucursal se concertó el swap litigioso el día 20 de febrero de 2.007, en un primer momento por teléfono - documento 2 de la contestación- y posteriormente por escrito -documento 2 de la demanda- denominándolo confirmación de swap y que es una permuta financiera de tipo de interés con referencia al euribor, con un plazo de duración desde el 22 de febrero de 2007 hasta el 22 de febrero de 2012, pactándose un importe nominal o nocional de 1.600.000 de euros (sin traspaso monetario alguno entre las partes) y un tipo variable del 3,65% mientras el euribor se mantenga por encima del 3,90% y del 4,95% cuando se encuentre por debajo del 3,90%, con liquidaciones periódicas cada trimestre.

»El Sr. Bartolomé , en la misma fecha y con la misma conversación telefónica que consta en autos como documento 2 de los aportados con la contestación a la demanda concertó otro contrato de swap en nombre y representación de la mercantil TRESNI S.L. - empresa que es propiedad del mismo grupo familiar- con un nominal de 2.700.000 euros (documento 3 de la contestación a la demanda). Así mismo el 19 de junio de 2.007 el Sr. Bartolomé suscribió otro swap en nombre y representación de una tercera empresa NECOIM con un nominal de 5.072.000 euros. Swap que canceló el 4 de julio de 2.008 y suscribió uno nuevo el 17 de julio de 2.008 por valor nominal de 5.072.000 euros».

»El día 2 de noviembre de 2.011 (...) no se firmó por el representante legal de las tres empresas antes indicadas el acuerdo de cancelación de los tres swaps que había sido negociado por las partes».

Las sociedades Tresni, Necoim y Rentflat, mediante tres procedimientos diferentes instaron la nulidad de los respectivos swaps suscritos por cada una de ellas. El resultado final de estos tres procedimientos no ha sido el mismo, como advertiremos más tarde.

2. Por lo que respecta a Rentflat, mediante la demanda que ha dado lugar al presente procedimiento, en el curso del cual estamos ahora conociendo del recurso de casación, solicitó, en primer lugar, la nulidad del contrato por error en el consentimiento, consecuencia del defecto de información recibida, y la restitución de prestaciones.

De forma subsidiaria a la acción de nulidad, en la demanda se ejercitó un acción de resolución contractual por incumplimiento por parte del banco de los deberes de información, «con efecto ex tunc desde la existencia del referido contrato».

3. La sentencia de primera instancia, después de explicar en qué consistió la operación concertada, respecto de la que se pide la nulidad por error vicio, y los deberes de información que pesaban sobre el banco, que debía referirse al producto y sus riesgos, hace la siguiente consideración:

«la información relevante en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial. Sólo así el cliente puede valorar "con conocimiento de causa" si la oferta del banco, en las condiciones de tipos de interés, periodo y cálculo propuestas, satisface a o no su interés.

»Simplemente, no puede ser que el cliente se limite a dar su consentimiento, a ciegas, fiado en la buena fe del banco, a unas condiciones cuyas efectivas consecuencias futuras no puede valorar con proporcionada racionalidad por falta de información mientras que el banco sí la posee».

Y concluye que en este caso se dan las condiciones del error vicio que justifica la nulidad del contrato:

«BBVA no ha dado en este caso la adecuada información al cliente, dando este su consentimiento a ciegas y sin saber lo que contrataba, invalidando este error su consentimiento, y procediendo por tanto la nulidad del contrato firmado entre las partes».

La sentencia de primera instancia además de declarar la nulidad del contrato, ordena la restitución recíproca de prestaciones percibidas por las partes.

4. La sentencia fue recurrida en apelación por BBVA. La Audiencia, después de analizar la prueba, declara que no comparte la conclusión alcanzada por el juzgado de que no se dio la comprensible información del producto.

Para ello, primero se basa en la prueba practicada en el presente procedimiento. En concreto en el interrogatorio del legal representante de Rentflat, Sr. Bartolomé , y la testifical del Sr. Maximiliano , que intervino por parte del banco en la contratación. La Audiencia declara que «al valorarse acreditan que el primero -Sr. Bartolomé - tenía perfecto conocimiento del contrato concertado, pues las explicaciones que dio durante el interrogatorio así lo acreditan».



A continuación se refiere a que «en la grabación que se aporta a los autos en virtud de la cual se concierta el contrato, también se concertó por el mismo señor un swap a nombre y representación de Tresni, S.L.». Y transcribe el resultado de la valoración de la prueba que ese mismo tribunal había hecho respecto de la grabación con ocasión de un anterior recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que resolvió en primera instancia la demanda de nulidad formulada por Tresni, S.L.

La sentencia de apelación estima el recurso de apelación, pero entiende que existían dudas razonables como para no imponerse las costas ni en primera, ni en segunda instancia.

5. Frente a la sentencia de apelación, Rentflat formula recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de tres motivos, y recurso de casación, articulado en cuatro motivos.

6. Durante la tramitación de ambos recursos ante este Tribunal Supremo, las partes, con finalidades distintas, han puesto de manifiesto cuál ha sido el resultado de los otros dos procedimientos vinculados o relacionados con el presente, en cuanto que pertenecen al mismo entramado empresarial.

i) Por una parte, el recurso interpuesto por Tresni, S.L., cuyo contrato de permuta financiera fue concertado por el Sr. Bartolomé en la misma conversación telefónica que contrataba la permuta financiera a nombre de Rentflat, el día 20 de febrero de 2007.

La demanda formulada por Tresni, S.L. había sido desestimada en primera instancia. De la apelación conoció la misma sección de la Audiencia Provincial de Madrid que ha dictado la sentencia ahora recurrida. También en el caso de Tresni, S.L., la Audiencia entendió que no había existido error vicio basado en el defecto de información. Esta sentencia fue objeto de recurso extraordinario por infracción procesal, que fue inadmitido, y recurso de casación. Esta sala, por sentencia 399/2017, de 27 de junio, desestimó los dos primeros motivos de casación, por haber sido formulados de forma defectuosa, y estimó el tercero.

El recurrente ha invocado la existencia de esta sentencia para que fuera admitido su recurso y que se estimara el motivo cuarto de casación, que coincide con el motivo tercero del recurso de Tresni, S.L., que como hemos visto resultó estimado.

ii) Por otra parte, el recurso interpuesto por Necoim, que se refiere a una permuta financiera contratada cuatro meses después de las de Tresni y Rentflat, en concreto el día 20 de junio de 2007. En la instancia se había declarado por la Audiencia Provincial que no había existido error vicio basado en el defecto de información, y desestimó las pretensiones de la demandante. Interpuestos los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, esta sala los inadmitió por carencia manifiesta de fundamento. El auto de esta sala razona que la sentencia recurrida llega a la conclusión de que el cliente sabía la naturaleza del producto y su riesgo, con fundamento no sólo en la capacidad intelectual del representante legal (...) y en la contratación de swaps anteriores como representante legal de otras empresas, sino en especial, en el análisis de una grabación de una conversación telefónica con el banco demandado. Y declara que este enjuiciamiento no se contradice con el criterio de enjuiciamiento fijado por esta sala.

SEGUNDO. *Recurso extraordinario por infracción procesal*

1. *Formulación del motivo primero*. Se formula al amparo de los ordinales 2º y 4º del art. 469.1 LEC, y se basa en la «infracción de las normas reguladoras de la sentencia en relación con los artículos 218, 458.3 y 461, todas ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 24, 120.3 CE por vulneración de los apartados 1 y 2 del art. 218 LEC, que establecen los requisitos de congruencia y motivación de las sentencias, y por infracción del derecho a obtener una resolución fundada en Derecho sobre las pretensiones deducidas oportunamente en pleito, consagrado por el art. 24 CE y 120.3 CE». Y añade: «Incongruencia omisiva de la sentencia y negación a la tutela judicial efectiva una vez suplicado su complementación».

En el desarrollo del motivo especifica que la incongruencia omisiva que denuncia se habría producido porque la sentencia recurrida no se pronuncia sobre el primero de los motivos aducidos en el escrito de oposición al recurso de apelación, que se refería a la falta de cumplimiento del requisito de admisibilidad del pago de la tasa judicial. La sentencia de apelación no se pronunció sobre este extremo y la Audiencia rechazó el complemento solicitado, al entender que la cuestión ya había quedado firme en la instancia cuando el juzgado inadmitió el escrito en el que se denunciaba la situación y no fue recurrida esa decisión.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación del motivo primero*. Propiamente no ha existido ninguna incongruencia omisiva, pues, en todo caso, debe entenderse rechazada la objeción a la admisión de la apelación planteada por la apelada, ahora recurrente, al no ser atendida por la Audiencia. La sentencia de apelación estima el recurso de apelación interpuesto por el banco a la vista de sus propias alegaciones y de las de la parte apelada. La objeción previa, que se refiere a la inadmisibilidad del recurso de apelación porque no se había realizado correctamente el pago



de la tasa correspondiente, además de que había sido desestimada por el juzgado de primera instancia, sin que su decisión hubiera sido impugnada, si se entendiera que todavía se mantenía viva en apelación, debería considerarse desatendida por la Audiencia al no ser apreciada en su sentencia.

De forma que, con vistas a un eventual recurso extraordinario por infracción procesal, debería haberse denunciado directamente esta infracción, si con ella se hubiera vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y ocasionado indefensión.

3. Formulación del motivo segundo . El motivo, que se ampara tanto en el ordinal 3º como en el 4º del art. 469.1 LEC , se formula del siguiente modo:

«por resolver la cuestión de fondo al margen de la prueba practicada en la instancia "por incongruencia" con la sentencia dictada en otro litigio seguido por otras partes que aportada ante la Audiencia fue inadmitida como prueba de la propia Sala y devuelta a la parte por no ser decisiva ni condicionante en la resolución del pleito según se había planteado el recurso de apelación, lo que afrenta a las garantías del proceso -infracción del art. 272 LEC , 24 CE -, al principio de igualdad de armas procesales, al derecho a ser oído ante una eventual aportación de un documento en momento posterior a la audiencia previa y a la tutela judicial efectiva habiendo producido una palmaria indefensión. Resulta arbitrario e irracional condenar o absolver valorando documentos inadmitidos como prueba y por ende, impertinentes».

La prueba del otro procedimiento al que se refiere el motivo es la que se había practicada en el pleito seguido por Tresni contra BBVA, del que había conocido en apelación esa misma sección 21 de la Audiencia Provincial de Madrid.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

4. Desestimación del motivo . El eventual defecto de haberse apoyado la sentencia recurrida en una prueba que no había sido admitida en ese pleito, sino en otro anterior, del que la Audiencia también había conocido por un previo recurso de apelación, resulta irrelevante, pues en todo caso no habría resultado determinante. La Audiencia, en la sentencia que ahora se recurre, concluye que el Sr. Bartolomé , en cuanto representante legal de Rentflat, «tenía perfecto conocimiento del contrato concertado», a la vista de las pruebas practicadas en ese procedimiento, en concreto el interrogatorio del Sr. Bartolomé y el del testigo Sr. Maximiliano . Más en concreto, la sentencia recurrida declara acreditada la ausencia de error, «pues las explicaciones que dio durante el interrogatorio así lo acreditan», refiriéndose al Sr. Bartolomé .

La sentencia recurrida hace mención a la grabación de la conversación en la que se perfeccionó el contrato, a mayor abundamiento, como una razón adicional para ratificar la anterior conclusión probatoria. De tal forma que aunque se entendiera, como pretende el recurrente, que no cabía apoyarse en esta prueba, el haberlo hecho no habría ocasionado indefensión, pues el resultado no fue determinante del fallo, al tratarse de una razón adicional.

5. Formulación del motivo tercero . El motivo se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC , «por ser manifiestamente arbitraria e ilógica la valoración de la prueba, no superando el test de racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE ».

En el desarrollo del motivo se aclara que, a juicio del recurrente, «resulta ilógico, irracional y arbitrario concluir que mi mandante conocía los concretos riesgos del producto a la vista del tono empleado en la conversación o porque ésta se remita a otra anterior, *per se* , aun cuando se desconoce el contenido de esa otra, lo que deviene en la vulneración de la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24 CE ».

Y añade, a continuación: «como irracional es observar la formación académica del representante legal de mi mandante como prueba que rompe la presunción *iuris tantum* de ausencia de test de idoneidad».

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

6. Desestimación del motivo tercero . Al margen de la doctrina reiterada de esta sala respecto del carácter excepcional de la revisión de la valoración de la prueba con ocasión del recurso extraordinario por infracción procesal, a la vista de lo argumentado en el motivo segundo debemos desestimar este tercero. El error notorio se refiere a la valoración de la prueba relativa a la grabación de la conversación en la que se perfeccionó la contratación del swap, cuando ya hemos advertido que la conclusión fáctica de que el legal representante de Rentflat tenía pleno conocimiento de lo que contrataba fue extraída del interrogatorio del Sr. Bartolomé y de la testifical del Sr. Maximiliano .

TERCERO. Motivos primero, segundo y tercero de casación



1. Formulación de los motivos primero, segundo y tercero . La dicción literal de la formulación del motivo primero es la siguiente.

«Al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se denuncia infracción de la doctrina asentada en la Sentencia de la Sala Primera en Pleno de 18 de abril de 2013 . Infracción por omisión de los arts. 79 bis LMV en su redacción actual y en todo caso , arts. -2 , 63.1 d) y 79.1 a) b) c) y e) LMV , art. 19 de la Ley 36/2003 de 11 de noviembre de medidas de reforma económica y 19 RD 2/2003 ; art. 1 , 2 , 4 , 5 , 6 del Anexo del código general de conducta RD 629/1993 de 3 de mayo sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios (EDL 1993/16198) (en adelante "código de conducta") y art. 2 a) y b) de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 7 de octubre de 1999, todos ellos vigentes al tiempo de la contratación -20 de febrero de 2007- oponiéndose a la doctrina que en todo caso vincula a los Jueces a interpretar el Derecho interno a la luz de la letra y la finalidad de las Directivas con independencia de que haya transcurrido o no el plazo de transposición. En particular, respecto de los productos financieros considerados complejos, a la luz de la Directiva 2004/39/CE de 21 de abril comúnmente conocida como MiFID "Markets in Financial Instruments Directive" (en adelante MIFID) - arts. 4.1.4 Y 19- y Directiva 1993/22/CEE - arts. 10 , 11 y 12- afectando al vicio en el consentimiento. Infracción del art. 1261.1 ° , 1265 , 1266 y 1301 del Código Civil .»

La dicción literal del motivo segundo es la siguiente:

«Al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se denuncia oposición a la doctrina fijada sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 por infracción del artículo 79 bis ordinales 3 y 6 LMV en atención a los arts. 64 , 72 y 74 RD 217/2008 de 15 de febrero - art. 52 Directiva 2006/73 que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.1.4 y 19 Directiva 2004/39/CE y doctrina expuesta en sentencia TJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L. (C-604/2011) - de suerte que cuando el Banco realiza esa función de asesoramiento tiene la obligación de realizar un test de idoneidad- que suma al test de conveniencia el deber de recabar del cliente un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos, patrimonio) y los objetivos de la inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) -de forma que, como su propio nombre indica, el producto diseñado por él resulte idóneo a los objetivos del cliente. No es aplicable, como se ha hecho, el art. 79 bis 7 LMV. Infracción de los arts. 1260.1 y 3 , art. 1265 , 1266 y 1301 CC por concurrir error vicio excusable en el cliente minorista».

Y la dicción literal del motivo tercero es la siguiente:

«Al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se denuncia oposición a la doctrina fijada sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal de 20 de enero de 2014 por infracción del artículo 61 LSL, hoy 225.1 Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC) en relación con el alcance del deber de diligencia exigible a las partes en atención del art. 52 Directiva 2006/73 que aclara la definición del servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.1.4 y 19 Directiva 2004/39/CE - art. 79 bis LMV y arts. 64 , 72 y 74 RD 217/2008 de 15 de febrero - y doctrina expuesta en sentencia TJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 s.L. (C-604/2011) en relación con los arts. 2 y 79.1 a) b) c) y e) LMV , arts. 1 , 2 , 5 y 16 del código general de conducta RD 629/1993 de 3 de mayo sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios y arts. 1 , 2 , 4 , 5 , 6 de su anexo; art. 9 de la Orden Ministerial de 25 de octubre de 1995 y art. 2 a) y b) de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 7 de octubre de 1999. Infracción de los arts. 1261.1 y 3 , art. 1265 , 1266 y 1301 CC por concurrir error vicio excusable en el cliente minorista».

Procede desestimar los tres motivos por las razones que exponemos a continuación.

2. Desestimación de los motivos primero, segundo y tercero . Basta el intento de lectura de la formulación de estos tres primeros motivos de casación, para advertir que incurren en un defecto grave de formulación, que impide puedan ser admitidos. Cada uno de estos motivos, al llevar a cabo un acarreo de normas que se denuncian infringidas, muchas de las cuales son heterogéneas, dejan de identificar con la mínima claridad y precisión exigibles cuál es la norma cuya infracción justificaría, en cada caso, la casación, sin que deba ser el tribunal quien lleve a cabo esta labor a la vista de la lectura del desarrollo del motivo.

Constituye una exigencia mínima de la formulación de los motivos de casación, como hemos recordado recientemente en el acuerdo sobre los criterios de admisión de los recursos de casación, que se identifique con claridad la norma infringida. No hacerlo así, además de que impide pueda cumplirse la finalidad del recurso, confunde la casación con una nueva revisión del caso como si de una tercera instancia se tratara.

La mención, en un mismo motivo, de una gran variedad de normas legales, en muchos casos heterogéneas, como hace el recurrente en sus dos primeros motivos, es incompatible con la precisa identificación de la infracción normativa que podría justificar la casación.

CUARTO. Motivo cuarto del recurso de casación



1. Formulación del motivo cuarto . La formulación del motivo cuarto es del siguiente tenor literal:

«Al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se denuncia infracción de la doctrina asentada en la Sentencia de la Sala Primera Pleno de 20 de enero de 2014 y del Pleno de 18 de abril de 2013 en relación con los artículos 1265 , 1266 y 1300 CC . La inexcusabilidad del error no la determina *per se* la formación académica sino la voluntad formada a partir de una creencia inexacta, presumible cuando el Banco asesor que recomienda el producto no ha informado sobre los concretos riesgos del mismo. Infracción de los arts. 2 y 79.1 a) c) y e) LMV , art. 1 , 2 , 5 y 16 del código general de conducta RD 629/1993 de 3 de mayo sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios y art. 1, 2, 4, 5, 6 y 7 de su Anexo (en adelante "código de conducta"), art. 9 de la Orden Ministerial de 25 de octubre de 1995, y art. 2 a) de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 7 de octubre de 1999, todos ellos vigentes al tiempo de la contratación».

En la explicación del motivo se aclara que «la sentencia ahora impugnada se opone a la doctrina establecida por el Pleno de la Sala Primera expuesta en las sentencias de 18 de abril de 2013 y 20 de enero de 2014 donde lo relevante no es, *per se*, la formación académica del cliente sino si este llegó a conocer los riesgos asociados del producto que fue recomendado por BBVA, siendo la representación mental exacta o inexacta lo que determina que el error sea invalidante o no; no siendo labor de la Sala, dicho con el debido respeto, suplir el cumplimiento de las obligaciones del ahora art. 79 bis 3 y 6 LMV sino advenir su cumplimiento o incumplimiento por parte del Banco, pues dicha exigencia precontractual se la impone la Ley al Banco y su omisión lleva a presumir en el cliente, salvo prueba en contrario, el desconocimiento de los mismos. La ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo señala la meritada doctrina».

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. Desestimación del motivo cuarto . En este caso sí que se cumple con la exigencia de precisión, al centrarse el motivo en la infracción de la norma contenida en el art. 79 LMV, que con anterioridad a la trasposición de la directiva MiFID , regulaba las exigencias de información.

La formulación de este motivo cuarto es idéntica a la formulación del motivo tercero del recurso de casación interpuesto por Tresni, que fue estimado por la sentencia de esta sala 399/2017, de 27 de junio .

Como veremos a continuación, el hecho de que en aquella sentencia se estimara el motivo no determina que necesariamente deba hacerse en este caso, por las razones que vamos a exponer a continuación.

Partimos de que al igual que en el precedente invocado, el contrato de adquisición de la permuta financiera se concertó el día 20 de febrero de 2007, durante la misma conversación telefónica, antes de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva MiFID, con el art. 79 bis LMV.

Constituye jurisprudencia constante de esta sala que tanto bajo la normativa MiFID (en concreto el art. 79 bis.3 LMV), como en la pre MiFID (el art. 79 LMV y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadores de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación. Aunque por sí mismo el incumplimiento de los reseñados deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio en la contratación del producto financiero, la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, incide en la apreciación del error [por todas, sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 559/2015, de 27 de octubre].

3. Es jurisprudencia constante de esta sala que «lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Sin perjuicio de que en estos casos hayamos entendido que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. No es que este incumplimiento determine por sí la existencia del error vicio, sino que permite presumirlo» (sentencia 560/2015, de 28 de octubre , con cita de la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014).

4. En el marco de estas exigencias contenidas en la normativa pre MiFID, la entidad financiera demandada (BBVA) estaba obligada a suministrar, con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible al cliente (Rentflat, S.A.) que permitiera conocer no sólo cómo funcionaba el producto, sino también los riesgos concretos que generaba.



En el precedente invocado, la sentencia 399/2017, de 27 de junio, que resolvió el recurso de Tresni, tomamos en consideración que no había quedado acreditado que hubiera habido «una información precontractual suficiente sobre las características del producto y sus concretos riesgos», ni tampoco que, a pesar de ello, el Sr. Bartolomé en cuanto legal representante de Tresni hubiera tenido conocimiento completo de cómo operaba el producto y sus riesgos. Y expresamente advertimos que este conocimiento no podía inferirse de la preparación académica del Sr. Bartolomé ni de la mera literalidad de las cláusulas respecto de las que por vía telefónica se le pidió el consentimiento.

El hecho de que en el anterior pleito, el que afectaba a la permuta financiera contratada por Tresni, no se llegara acreditar ni el cumplimiento de los deberes de información ni que, a pesar de ello, el Sr. Bartolomé hubiera conocido cómo funcionaba el producto y sus riesgos, no impide que en este otro pleito sí se hubiera declarado probado lo segundo, por medios de prueba propios y distintos de los practicados en aquel otro procedimiento.

En este pleito se practicó el interrogatorio del legal representante de Renflat, el Sr. Bartolomé, que fue quien contrató telefónicamente el producto financiero. También se practicó la testifical del Sr. Maximiliano, que intervino en la contratación por el Banco. A la vista de esta prueba, y sobre todo de las explicaciones dadas por el Sr. Bartolomé en su interrogatorio, la Audiencia declara probado que tenía perfecto conocimiento de lo que contrataba, esto es, de cómo operaba y de sus riesgos.

Como tribunal de casación, en cada caso hemos de partir de lo que se declara probado en la instancia. Como en el primer caso (el de Tresni), la Audiencia no declara probado que se hubieran cumplido los deberes de información sobre el producto y sus riesgos, ni tampoco que a pesar de ello el Sr. Bartolomé conociera lo que contrataba, sin que ese conocimiento pudiera inferirse de la preparación académica del Sr. Bartolomé ni de la mera literalidad de las cláusulas respecto de las que por vía telefónica se le pidió el consentimiento, esta sala aplicó su jurisprudencia y, como le correspondía al banco acreditar estas circunstancias, entendió que debía haberse apreciado el error vicio, y por ello casó la sentencia.

Pero en este segundo caso, aunque la contratación el producto por parte de Renflat se hubiera realizado en la misma conversación telefónica que Tresni, y también por medio del Sr. Bartolomé, sí que se acreditó en la instancia algo que no se había conseguido probar en el caso de Tresni, que el Sr. Bartolomé conocía lo que contrataba.

Adviértase que no existe ninguna declaración de hechos probados en el primer pleito que vinculen en el segundo, pues lo que existe es la ausencia de la acreditación de un hecho, respecto del que se aplica la consecuencia jurídica prevista en nuestra jurisprudencia. Por eso, es compatible con la anterior resolución que, como tribunal de casación, no apreciemos en el presente caso la infracción denunciada en el motivo, y desestimemos el recurso.

QUINTO. Costas

Desestimados los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, imponemos a la parte recurrente las costas ocasionadas por los respectivos recursos (art. 398.1 LEC).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Rentflat, S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª) de 13 de noviembre de 2014 (rollo núm. 553/2013), que resolvió la apelación interpuesta frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Collado Villalba de 25 de marzo de 2013 (juicio ordinario 122/2012).

2.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Rentflat, S.L. contra la reseñada sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 21ª) de 13 de noviembre de 2014 (rollo núm. 553/2013).

3.º- Imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación a la parte recurrente, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Líbrese a la mencionada Audiencia la 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.