



Roj: **STS 2194/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2194**

Id Cendoj: **28079110012019100359**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/06/2019**

Nº de Recurso: **3019/2016**

Nº de Resolución: **351/2019**

Procedimiento: **Recurso extraordinario infracción procesal**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 351/2019

Fecha de sentencia: 25/06/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3019/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/03/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

Procedencia: Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: RDG

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3019/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 351/2019

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 25 de junio de 2019.

Esta sala ha visto los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, interpuestos contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 463/2015 por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1447/2013, seguidos ante el Juzgado de



Primera Instancia número 8 de Bilbao, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por la procuradora D.^a Iratxe Pérez Sarachaga en nombre y representación de Eizategui S.L., Urbetalde S.L. y Etxebadosa S.L., compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador D. Ernesto García Lozano Martín en calidad de recurrente y el procurador D. Eduardo Codes Feijoo en nombre y representación de Banco Santander S.A., en calidad de recurrido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora D.^a Iratxe Pérez Sarachaga, en nombre y representación de las mercantiles Eizategui S.L., Urbetalde S.L. y Etxebadosa S.L., interpuso demanda de juicio ordinario, contra Banco Santander S.A., bajo la dirección letrada de D. Fernando Zunzunegui Pastor y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

"1) Que se declare que Banco Santander ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales esenciales respecto de los instrumentos financieros relacionados en la Tabla 1 de la presente demanda, en los términos recogidos en el cuerpo de la presente demanda, y de conformidad con el art. 1.101 del Código Civil , se ordene el resarcimiento de daños y abono de intereses, que se concretan en la condena al Banco Santander a la restitución de las liquidaciones cargadas a los clientes dimandantes, según quedan expresadas en la Tabla 10, incluyendo las que se hayan podido cargar o generar con posterioridad, previa compensación con las abonadas por la demandada, y todo ello junto con los intereses legales que se hayan devengado, asumiendo Banco Santander las liquidaciones pendientes o, en su caso, el importe de la cancelación anticipada del swap que siga vigente a la fecha de la sentencia.

"2) Subsidiariamente se solicita que se declare que Banco Santander ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información en los términos recogidos en el cuerpo de la presente demanda, sobre los instrumentos financieros relacionados en la Tabla 1, y, en particular, que ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de seguimiento de la posición, y al amparo del artículo 1.101 del Código Civil , se le condene a indemnizar a mis mandantes por los daños y perjuicios causados, equivalentes a la pérdida ocasional desde el momento en que debió avisar a los clientes, esto es, en octubre de 2008 cuando canceló sus propios swaps, pérdida concretada en las liquidaciones cargadas a partir de esa fecha según quedan expresadas en la Tabla 10, incluyendo las que se hayan podido cargar o generar con posterioridad, previa compensación con las abonadas por la demandada, todo ello junto con los intereses legales que se hayan devengado, asumiendo Banco Santander las liquidaciones pendientes o, en su caso, el importe de la cancelación anticipada del swap que siga vigente a la fecha de la sentencia.

"3) Subsidiariamente se solicita que se condene a Banco Santander a devolver 287.560 euros de comisiones ilícitas cobradas a los actores en la contratación de los instrumentos financieros, con los intereses legales que se hayan devengado.

"4) De forma cumulativa con las anteriores peticiones, se solicita que se condene a la demandada al pago de las costas judiciales causadas".

SEGUNDO .- El procurador D. Germán Ors Simón, en nombre y representación de Banco Santander S.A., contestó a la demanda, bajo la dirección letrada de D. Javier Gilsanz Usunaga y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

"dicte en su día sentencia desestimatoria de las pretensiones de la demanda, con expresa condena en costas a la actora".

TERCERO .- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Bilbao, dictó sentencia con fecha 26 de marzo de 2015 , rectificada por Auto de 14 de abril de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que estimando parcialmente la demanda presentada por la procuradora D.^a Iratxe Pérez Sarachaga en nombre y representación de Eizategui S.L., Urbetalde S.L. y Etxebadosa S.L. contra Banco Santander S.A.:

"Declaro que Banco Santander S.A. ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales esenciales respecto de la Confirmación de Permuta Financiera de Tipo de Interés, Swap Tipo Fijo Escalonado, suscrito con Etxebadosa S.L. el 23 de octubre de 2009.



"En consecuencia, condeno a la expresada demandada a abonar a Etxebadosa S.L. la cantidad de 786.253,17 euros más un interés anual igual al interés legal del dinero desde la fecha del cargo en cuenta de Etxebadosa S.L. de cada una de las liquidaciones derivadas de dicho swap desde el 27 de octubre de 2009, incrementado en dos puntos desde la fecha de esta resolución, y a asumir las liquidaciones pendientes hasta la fecha de vencimiento de 4 de enero de 2017 o, en su caso, el importe de la cancelación anticipada de dicho swap.

"Todo ello sin imposición de costas".

CUARTO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Banco Santander S.A., la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia, dictó sentencia con fecha 29 de abril de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que estimando el recurso interpuesto por el procurador D. Germán Ors Simón en representación de Banco Santander S.A. y desestimando la impugnación interpuesta por la procuradora D.ª Iratxe Pérez Sarachaga, en representación de Eizategui S.L., Urbetalde S.L., y Etxebadosa S.L. contra la sentencia de fecha 26 de marzo de 2015, aclarada por auto de 14 de abril de 2015, dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de los de Bilbao, en los autos de procedimiento ordinario n.º 1447/2013, de los que este rollo dimana, debemos revocar y revocamos la sentencia apelada y en su lugar desestimando la demanda formulada por la procuradora D.ª Iratxe Pérez Sarachaga, en representación de Eizategui S.L., Etxebadosa S.L. y Urbetalde S.L. contra Banco Santander S.A. absolvemos a la demandada, con imposición a la demandante de las costas causadas en primera instancia y por su recurso y sin expresa imposición de las costas causadas por la demandada".

QUINTO .- Contra la expresada sentencia interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y recurso de casación la representación procesal de las mercantiles Eizategui S.L., Urbetalde S.L. y Etxebadosa S.L., argumentando el recurso extraordinario por infracción procesal con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Art. 469.1.2.º LEC por vulneración de la norma procesal prevista en el art. 218 LEC. Segundo.- Art. 469.1.2.º LEC, vulneración de la norma procesal prevista en el art. 218 LEC. El recurso de casación lo argumentó con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Art. 477.1 LEC, infracción del art. 79 LMV, del art. 5 del Código general de conducta de los mercados de valores anexo al Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo. Segundo.- Art. 477.1 LEC, por infracción del art. 79 LMV y 78 bis LMV. Tercero.- Art. 477.1 LEC, infracción del art. 79 bis.1 LMV y en los arts. 60 y 62 Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero. Cuarto.- Art. 477.1 LEC, infracción del art. 258 Código Comercio.

SEXTO .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 31 de octubre de 2018 se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, el procurador D. Eduardo Codes Feijoo, en nombre y representación de Banco Santander S.A. presentó escrito de impugnación al mismo.

SÉPTIMO .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 7 de marzo del 2019, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1. Durante el periodo de abril de 2004 a octubre de 2009, las entidades Eizategui S.L, Urbetalde S.L y Etxebadosa S.L contrataron con Banco Santander S.A. once swaps, de diversa caracterización y tipología. A los efectos que aquí interesan, el último swap fue suscrito por Etxebadosa S.L. el 23 de octubre de 2009, bajo la modalidad de "Swap tipo fijo escalonado", con un notional descendente de 7.317.443,43 € a 4.684.127,67 €, y un vencimiento de 4 de abril de 2017.

2. Las pérdidas ocasionadas a los clientes por la contratación de los referidos swaps, según el saldo de las liquidaciones cargadas en cuenta, son las siguientes.

i) A Eizategui S.L. 377.912,33 €.

ii) A Urbetalde S.L. 668.5544,35 €.

iii) A Etxebadosa S.L. 438.787,46 €.

3. Las citadas entidades formularon una demanda contra Banco Santander S.A. en la que, como pretensión principal, solicitaban que se declarara que Banco Santander S.A. había sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y que de conformidad con el art. 1101 CC se le condenara al resarcimiento de los daños y perjuicios, conforme a las pérdidas señaladas, más el abono de intereses. Subsidiariamente se solicitaba que se declarase que el Banco Santander había sido negligente en el cumplimiento de sus



obligaciones de seguimiento de la posición de los clientes, así como que se le condenara a devolver 287.560 € en concepto de comisiones ilícitas cobradas a los clientes.

La entidad financiera se opuso a la demanda.

4. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda. En este sentido, declaró que Banco Santander había sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales de información sólo respecto del swap suscrito con Etxebadosa S.L. el 23 de octubre de 2009. En consecuencia, condenó a Banco Santander a pagar a Etxebadosa S.L. la cantidad de 786.253,17 €, más un interés anual igual al interés legal del dinero desde la fecha del cargo en cuenta de Etxebadosa S.L. de cada una de las liquidaciones derivadas de dicho swap, desde el 27 de octubre de 2009, incrementado en dos puntos desde la fecha de la resolución judicial y a asumir las liquidaciones pendientes hasta su vencimiento o, en su caso, el importe de su cancelación anticipada.

5. Frente a la sentencia de primera instancia, la demandada interpuso recurso de apelación solicitando la desestimación de las pretensiones ejercitadas por los clientes. Por su parte, las demandantes interpusieron escrito de impugnación de la sentencia fundado, exclusivamente, en que dicha sentencia no declaraba la negligencia de Banco Santander S.A. respecto de su deber de información en la contratación de los swaps. Por lo que la omisión de pronunciamiento respecto de las pretensiones subsidiarias formuladas en la demanda no fue objeto de impugnación.

6. La sentencia de la Audiencia estimó el recurso de apelación de Banco Santander y desestimó la impugnación formulada por los clientes; por lo que desestimó la demanda. En síntesis, consideró que, de la prueba practicada, debía concluirse que Banco Santander no había incumplido sus obligaciones contractuales de información con las clientes acerca de la naturaleza y riesgos asociados de los productos financieros objeto de suscripción, inclusive respecto de la entidad Etxebadosa S.L.

7. Las demandantes solicitaron el complemento de la sentencia sobre las pretensiones subsidiarias de la demanda; petición que fue desestimada por auto de la Audiencia de 6 de julio de 2016.

8. Frente a la sentencia de apelación, las demandantes interponen recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- 1. Las demandantes, al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC, interponen recurso extraordinario por infracción procesal que articulan en dos motivos.

2. En ambos motivos las recurrentes denuncian la vulneración del art. 218 LEC respecto de la congruencia de la sentencia con lo solicitado por las partes, y en particular por no incluir pronunciamiento sobre lo solicitado en las pretensiones subsidiarias de los puntos segundo y tercero del suplico de la demanda.

En el desarrollo de los motivos argumentan que la sentencia recurrida incurre en incongruencia omisiva al no pronunciarse sobre la negligencia de la entidad financiera en el cumplimiento de su obligación de seguimiento de la posición de los clientes (motivo primero del recurso), y al no incluir pronunciamiento sobre el cobro de comisiones ilícitas por la entidad financiera (motivo segundo del recurso).

3. Los motivos deben ser estimados solo en lo referido a la contratación del swap suscrito con la entidad Etxebadosa S.L. el 23 de octubre de 2009. En efecto, la sentencia de primera instancia sólo declaró el incumplimiento de los deberes de información de la entidad financiera respecto del último swap contratado, con fecha de 23 de octubre de 2009. De forma que desestimó la pretensión de las demandantes sobre el incumplimiento de dichos deberes de información respecto de los swaps contratados con anterioridad a dicho último swap. Con lo que las demandantes debieron solicitar el complemento de la sentencia de primera instancia, y en caso de ser desestimado, apelar la sentencia o impugnarla, por la omisión del pronunciamiento respecto de las pretensiones subsidiarias solicitadas en la demanda; actuaciones que no fueron realizadas por las demandantes.

Sin embargo, la sentencia de la Audiencia, al revocar el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia con relación al swap de 23 de octubre de 2009, y desestimar la pretensión de las demandantes sobre el incumplimiento de los deberes de información en la contratación de dicho swap, sí que debió entrar en el examen de las citadas pretensiones subsidiarias respecto de este swap, y al no hacerlo así incurrió en la alegada incongruencia omisiva. Defecto que las demandantes pusieron de manifiesto en la solicitud de complemento que fue desestimada.

4. La estimación en parte del recurso extraordinario por infracción procesal comporta que se anule en parte la sentencia, se asuma la instancia, con relación al examen de las pretensiones subsidiarias segunda y tercera de la demanda formulada, respecto del swap de 23 de octubre de 2009, y se dicte sentencia teniendo en cuenta,



en su caso, lo alegado como fundamento del recurso de casación, conforme a lo dispuesto en la disposición decimosexta, punto primero, regla 7.ª de la LEC.

TERCERO.- Asunción de la instancia

1. Conforme a lo expuesto procede el examen de la alegación de las recurrentes respecto de la infracción del art. 79 bis.1 LMV y de los arts. 60 y 62 del RD 217/2008, de 15 de febrero, que obligan a las entidades financieras a facilitar una información actualizada a los clientes (obligación de seguimiento de la posición del cliente).

2. En primer término, no hay constancia o acreditación del incumplimiento grave de esta obligación postcontractual de seguimiento de la posición de los clientes. Por el contrario, en el hecho sexto de demanda, los propios recurrentes aportan una tabla con todas las liquidaciones cargadas en cuenta y su correspondiente saldo negativo. Además, la recurrida, con relación al swap de 23 de octubre de 2009, aporta diversos extractos de movimientos de este producto financiero que fueron enviados a la cliente.

En segundo término, el argumento de la crisis de Lehman Brothers, como elemento principal del deber de información de la posición de seguimiento del cliente, no resulta relevante, pues precisamente la crisis de la citada entidad fue anterior a la contratación de swap de 23 de octubre de 2009.

Por último, la alegación se plantea con un claro sesgo retrospectivo del riesgo asumido, una vez conocido el resultado de la inversión realizada.

3. Las recurrentes alegan también la infracción del art. 258 del Código de Comercio, por haber concertado operaciones a precios más onerosos que los corrientes en la plaza, con relación a la comisión de 278.560 € que la entidad financiera cobró ilícitamente.

4. En primer lugar, no hay constancia en el procedimiento de que se trate de una comisión. En segundo lugar, aunque tuviera el tratamiento de una comisión, hay que señalar que a esta sala no le corresponde entrar en el control de las condiciones del mercado.

Recurso de casación

CUARTO.- 1. Las demandantes, al amparo del ordinal 2.º del art. 477.2 LEC, interponen recurso de casación que articulan en cuatro motivos.

En el primer motivo, las recurrentes denuncian la infracción del art. 79 de la Ley de Mercado de Valores, del art. 5 del anexo del RD 629/1993, de 3 de mayo, y del art. 79 bis de la Ley de Mercado de Valores.

En el desarrollo del motivo argumentan que "los hechos acreditados" desvelan que Banco Santander S.A. fue negligente en el cumplimiento del estándar de información que requiere la comercialización de los swaps, máxime cuando dichos swaps contenían "opciones exóticas que incrementaban exponencialmente su complejidad y riesgo".

2. El motivo debe ser desestimado. Las recurrentes no respetan la valoración de la prueba contenida en la sentencia recurrida y pretenden una nueva valoración de la prueba practicada, concretamente de la documentación entregada y testificales del Sr. Eduardo y de D. Emiliano. Todo ello según su particular visión y valoración del presente pleito (art. 483.2.2.º LEC, en relación con el art. 471 LEC).

3. En el motivo segundo, la recurrente denuncia la infracción del art. 79 de la Ley de Mercado de Valores, vigente en la contratación de los primeros swaps, y del art. 78 bis (Post-MiFID) vigente en la contratación del último swap.

En el desarrollo del motivo argumentan que la sentencia recurrida infringe la normativa citada al no resultar de aplicación la clasificación de clientes, entre profesionales y minoristas, conforme a la reciente jurisprudencia de esta sala.

4. El motivo debe ser desestimado. La calificación que realiza la Audiencia de las sociedades Eizategui y Orbetalde como "clientes profesionales", a tenor de su volumen de facturación, no se emplea en el sentido técnico de la dicotomía que prevé la normativa MiFID entre clientes profesionales y minoristas, sino como profesionales del tráfico mercantil habituados a la contratación de productos financieros.

5. Los motivos tercero y cuarto del recurso de casación ya han sido objeto de examen al asumir la instancia con ocasión del recurso extraordinario por infracción procesal.

QUINTO.- Costas y depósitos

1. La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal comporta que las costas causadas por el mismo no se impongán a ninguna de las partes, según dispone el art. 398.2 LEC.



2. La desestimación del recurso de casación comporta que las costas causadas por el mismo se impongan a la parte recurrente, según dispone el art. 398.1 LEC .
3. Asimismo, procede ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, según establece la disposición adicional 15.ª LOPJ .

FALLO

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

1. Estimar en parte el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de las entidades Eizategui S.L., Urbetalde S.L. y Etxebadosa S.L. contra la sentencia dictada, con fecha 29 de abril de 2016, por la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, en el rollo de apelación núm. 463/2015 , que se anula en parte, conforme a lo expresado en el fundamento jurídico segundo.
2. Desestimar el recurso de casación interpuesto por dicha representación procesal contra la citada sentencia.
3. No hacer expresa imposición de costas del recurso extraordinario por infracción procesal.
4. Imponer las costas del recurso de casación a la parte recurrente.
5. Ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y la pérdida del constituido para la interposición del recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.

Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno

Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres