



Roj: **STS 86/2021 - ECLI:ES:TS:2021:86**

Id Cendoj: **28079110012021100013**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/01/2021**

Nº de Recurso: **3005/2018**

Nº de Resolución: **21/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 3114/2018,**
STS 86/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 21/2021

Fecha de sentencia: 21/01/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3005/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/01/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE BARCELONA, SECCIÓN 19.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3005/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 21/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg



En Madrid, a 21 de enero de 2021.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por Bankia, S.A., representada por el procurador D. Joaquín María Jáñez Ramos, bajo la dirección letrada de D.ª M.ª José Cosmea Rodríguez Ramos, contra la sentencia n.º 1962018, dictada por la Sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación n.º 585/2016, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 510/2012, del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Vilafranca del Penedés. Ha sido parte recurrida Primeuve, S.L., representada por la procuradora D.ª Raquel Gómez Sánchez y bajo la dirección letrada de D.ª Elena Mazon Heras.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.ª Cristina Camats Franco, en nombre y representación de Primeuve, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Caixa Déstavis del Penedés (Caixa Penedés), en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la cual:

- Se declare la nulidad del contrato Marco denominado "Collar Bonificado sobre tipo de interés" y el documento de confirmación suscritos entre mi representada el 9 de mayo de 2008 y la entidad Caixa del Penedés aportado como documento n.º 3 de la demanda.

- Se condene a la demandada a la devolución a mi representada de la cantidad de 300.458,38 € (resultante de descontar la cantidad de 848,61 € recibida por mi representada, del importe de 301.306,99 € al que ascendieron las liquidaciones negativas satisfechas por mi representada) más los intereses devengados desde la fecha en que se produjeron los cargos en cuenta.

- Se condene a la demandada a las costas del procedimiento".

2.- La demanda fue presentada el 7 de septiembre de 2012, y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Vilafranca del Penedés, se registró con el n.º 510/2012. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Carme Solé Esteve, en representación de Banco Mare Nostrum, S.A. (sucesor procesal de Caixa D'Estalvis del Penedés), contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] en su día dicte Sentencia por la que se absuelva a mi principal de la demanda, con desestimación íntegra de la misma y con expresa condena a la Demandante al pago de las costas causadas en el presente procedimiento".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Vilafranca del Penedés, dictó sentencia de fecha 12 de febrero de 2016, con la siguiente parte dispositiva:

"Desestimo la demanda presentada por PROMUEVE S.L. (sic) frente a CAIXA D'ESTALBIS DEL PENEDES, absolviendo a la demandada de los pedimentos deducidos contra ella e imponiendo al demandante las costas procesales causadas".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Primeuve, S.L.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 585/2016, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 24 de abril de 2018, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS:

La Sala, acuerda: Que, ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por PRIMEUVE SL contra la sentencia de 12 de febrero de 2016, dictada por el Juzgado de primera Instancia n.º 3 de Vilafranca del Penedés, Barcelona, en los autos de juicio ordinario n.º 510/2012, de los que el presente Rollo dimana, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la misma y, en su lugar, estimando la demanda formulada por PRIMEUVE SL frente a BANCO MARE NOSTRUM SA, sucesor de CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDES SA, debemos declara y declaramos la nulidad del contrato de permuta financiera, collar bonificado sobre tipos de interés, suscrito el 9 de mayo de 2008 con restitución recíproca de las prestaciones obtenidas con las liquidaciones practicadas, así como las

comisiones y gastos correspondientes y con devolución de las cantidades percibidas con los intereses legales correspondientes desde su percepción; a determinar en ejecución de sentencia. Todo ello con imposición de las costas de la instancia a la demandada y sin hacer, en relación con las correspondientes a esta alzada, especial pronunciamiento".

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

1.- La procuradora D.^a Marta Pradera Rivero, en representación de Bankia, S.A. (entidad absorbente de Banco Mare Nostrum, S.A.), interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Al amparo de lo dispuesto en los arts. 469.1.3º y 469.1.4º LEC: infracción de normas o garantías procesales, por inaplicación de lo dispuesto en el art. 304 LEC, causando indefensión material.

Segundo.- Al amparo del artículo 469.1.4º LEC: infracción del **derecho** a la **tutela judicial efectiva** reconocido en el art. 24.1 CE por error patente en la valoración de la prueba al apreciar que se produjo un error en el consentimiento como consecuencia de un déficit en la información sobre los riesgos de un swap cuando la persona contratante no compareció a declarar en el acto del juicio".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Vulneración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la incidencia que en la apreciación del error tiene el incumplimiento de los deberes de información en la contratación de un swap dictada en interpretación del artículo 1266 del Código Civil en relación con los artículos 1265 y 1300 de la misma norma".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 1 de julio de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º- Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la entidad Bankia S.A. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 24 de abril de 2018, por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 19.ª, en el rollo de apelación n.º 585/2016, dimanante del juicio ordinario n.º 510/2012, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Vilafranca del Penedés.

2.º- Y entréguese copias del escrito de interposición de los recursos formalizados por la parte recurrente, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada, para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 4 de diciembre de 2020 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 12 de enero del presente, fecha en que ha tenido lugar por el sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes relevantes

A los efectos decisorios del presente proceso hemos de partir de los antecedentes siguientes:

1.- *Del objeto del proceso*

La entidad Primeuve, S.L., interpuso demanda contra la Caixa D'Estalvis Penedés con la finalidad de obtener un pronunciamiento **judicial** que decretase la nulidad, por error en el consentimiento, del contrato de 9 de mayo de 2008, de permuta financiera, con vencimiento a tres años, consistente en un collar bonificado de tipos de interés, por un importe de cinco millones de euros, con un cap de 4,90%, con barrera del 5,50%, y un floor de 3,90%, sobre un referencial de Euribor a tres meses.

Según lo pactado, la demandada se obligaba al pago de la diferencia entre el referido Euribor y el cap, mientras que la actora la diferencia entre Euribor y floor, sin que se practicasen liquidaciones a favor o en contra cuando el precitado índice de referencia se situase entre el cap y el floor.



Al vencimiento del contrato la actora había sufrido liquidaciones negativas por importe de 301.306,99 euros.

2.- La sentencia de primera instancia

El conocimiento de la demanda correspondió al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Vilafranca del Penedés, que dictó sentencia desestimatoria de la demanda.

En su fundamentación jurídica, se argumentó que el contrato era anterior a la vigencia de las directivas MiFid, sin que fuera de aplicación la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modificó la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en virtud del juego normativo de su disposición transitoria primera, según la cual: "Las entidades que presten servicios de inversión deberán de adaptar sus estatutos, programas de actividades y reglamentos internos de conducta a lo dispuesto en esta Ley y en su normativa de desarrollo en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley". Con base en ello, se consideró correcto no haber sometido a la actora a los test de idoneidad y conveniencia.

No obstante, la sentencia estimó que competían a la demandada las obligaciones establecidas en la Ley 24/1988, de 28 de julio, en su redacción anterior a la Ley 47/2007, así como las establecidas en el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo.

Primeuve, S.L., fue constituida el 13 de mayo de 2003, con la finalidad de dedicarse a la promoción inmobiliaria. Sus administradores mancomunados eran D. Salvador hasta el 30 de octubre de 2012, abogado, y D. Jose Miguel, arquitecto, los cuales eran avezados empresarios y no meros consumidores, amén de haber contratado anteriormente un swap, que fue cancelado anticipadamente, lo que implica, según la precitada sentencia, conocimiento del instrumento financiero litigioso.

Se reputó concurrente una *facta admissio*, al no haber acudido a su interrogatorio, el Sr. Salvador, en aplicación de lo dispuesto en el párrafo primero del art. 304 de la LEC, con lo que se concluyó que debían fijarse como ciertos aquellos hechos en los que hubiera intervenido personalmente y le fueran enteramente perjudiciales. Con base en ello se consideró admitido que:

"[...] en junio de 2006 Primueve y ante los riesgos de la subida del Euribor fueron informados por Caixa del Penedés de la posibilidad de contratar una permuta financiera de tipos de interés. Que se les facilitó la información básica inicial, y el dossier informativo contemplaba al menos dos modalidades distintas de cobertura (tipo fijo y collar) trayendo dicho ofrecimiento causa de la obligatoriedad de las entidades de crédito de ofrecer, especialmente a los deudores hipotecarios, productos de cobertura. Que entre la entrega del folleto informativo y la firma de la cobertura transcurrió prácticamente un mes. Que la primera cobertura de tipos de interés se cerró con los parámetros fijados por Primueve, y no era un seguro sino una cobertura que les permitía tener controlados sus costes financieros. Que tuvieron información bastante y suficiente sobre la posibilidad de que se dieran liquidaciones positivas y negativas, teniendo elementos suficientes para saber y entender de que se trataba el producto y a qué estaba sujeto. Que no atacaron la primera permuta financiera cuando recibieron la primera liquidación negativa por importe de 25.269,53 €, percibiendo posteriormente en la cancelación anticipada que les permitía el contrato la suma de 30.400 €. Que cuando se contrata la segunda permuta financiera en de 2008 no existía ninguna operativa con Caixa Penedés en estudio. Que en aquellos momentos tenían un riesgo de 30.952.000,00 €. Que en mayo de 2008 el Euribor estaba en alza clara y decidieron nuevamente concertar una permuta, en la cual también hubo un proceso negociador y dispuso de un periodo de reflexión, Que no confundió esta segunda permuta financiera con un seguro gratuito. Que conocía que la cancelación anticipada de este producto supondría un coste o una ganancia en función de la situación del mercado, al igual que ocurrió con el primer swap suscrito. Que no han presentado queja alguna en relación a este producto ante la caja, el Defensor del Cliente, el Banco de España o la CNMV".

También se analizó la testifical de una empleada del Banco y se estimó que la actora conocía perfectamente a lo que se estaba obligando, al ser informada de los elementos fundamentales del contrato, y, además, se le entregó, con antelación suficiente, el contrato marco de operaciones financieras con los anexos y el documento de confirmación.

En definitiva, se concluyó se había tomado una libre decisión de suscripción del contrato litigioso sin vicios del consentimiento, por lo que se desestimó la demanda.

3.- La sentencia de segunda instancia

Contra dicha sentencia se interpuso, por la entidad demandante, recurso de apelación. Su conocimiento correspondió a la sección n.º 19 de la Audiencia Provincial de Barcelona, que dictó sentencia de 11 de julio de 2016. En ella, se revocó la dictada por el Juzgado, decretándose la nulidad del contrato de permuta financiera o collar bonificado de tipos de interés de 9 de mayo de 2008, con restitución recíproca de las prestaciones



obtenidas, todo ello con imposición de las costas de primera instancia y sin hacer especial pronunciamiento con respecto a las devengadas en la alzada.

La sentencia de la Audiencia partió de la base de la asimetría de conocimientos existente entre las partes con respecto a las características del producto financiero litigioso, una vez descartado que la actora se tratara de una inversora profesional. Se siguió la argumentación sosteniendo que el art. 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, que regula los deberes de información, que recaen sobre las entidades financieras que prestan servicios de inversión, no sólo requiere que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa, sino que debe incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias de inversión.

Igualmente se tuvo en cuenta que es jurisprudencia de esta Sala 1.^a, que el incumplimiento de los deberes de información, por sí mismos, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, sin perjuicio de que el déficit informativo suministrado permita presumir el error, fundamentalmente con respecto a los riesgos, liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía, así como al alto coste de la cancelación.

Continuó la Audiencia la motivación de su decisión, con apoyo en la oportuna cita jurisprudencial, con el razonamiento relativo a que dicha obligación de información es activa, no de mera disponibilidad y que, a tales efectos, no resulta suficiente el contenido de la documentación contractual ni el aviso genérico de los riesgos, sino que la información a suministrar debe ser completa, suficiente y comprensible de las consecuencias de la fluctuación de los tipos de intereses y de los elevados costes de la cancelación anticipada. No basta, por lo tanto, la mera ilustración sobre lo que es obvio; es decir que, por responder la naturaleza del collar bonificado a la propia de un contrato aleatorio, puede haber resultados positivos o negativos para el cliente según la fluctuación del tipo de referencia. La información suministrada tiene que ser más concreta, con inclusión de la advertencia de los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés.

Se señaló que, para excluir el error o su excusabilidad, son necesarios conocimientos especializados, sin que sea suficiente al respecto cualquier capacitación profesional relacionada con el **derecho** o la empresa, sino que son precisos los conocimientos del profesional del mercado de valores o del cliente experimentado en esta clase de productos, sin que baste la realización sucesiva de distintas permutas financieras.

La información detallada precisa, continúa la Audiencia, no puede obtenerse del simple contenido de los contratos suscritos, pues solo con conocimientos avezados en dichas materias es posible desentrañar el funcionamiento del producto financiero objeto del proceso; conocimientos que tampoco pueden derivarse de la simple facturación anual de la actora y su número de trabajadores, ni cabe la atribución directa a la entidad demandante de una obligación de informarse con la debida diligencia del producto suscrito, sin que se haya justificado una experiencia previa al respecto.

De esta manera, entendió justificado el desconocimiento de los concretos riesgos asociados al collar suscrito, en relación causal a la ausencia de información acreditada.

Se rechazó el juego de la *facta admissio* prevista el art. 304 de la LEC, al tratarse de una facultad discrecional del juez, de uso tradicionalmente muy limitado. En el caso enjuiciado, se entendió prudente no hacer uso de dicha posibilidad legal, ante la conflictiva situación societaria, que alcanza a los socios de la entidad demandante, lo que justificaría la conducta procesal de D. Salvador, así como se reputó exorbitado atribuir a la actora una postura obstruccionista, que justificase la ficción de una admisión tácita de tales hechos, máxime cuando existe abundante prueba que permite incidir en las claves esenciales de la decisión a adoptar en una valoración conjunta de la prueba.

4.- Recursos de infracción procesal y casación

Contra dicha sentencia se interpuso por la entidad financiera demandada, actualmente Bankia, S.A., como absorbente de Banco Mare Nostrum, S.A., que a su vez absorbió a Caixa D'Estalvis Penedés, recursos extraordinarios por infracción procesal y casación, cuya resolución nos corresponde abordar.

SEGUNDO.- El recurso extraordinario por infracción procesal

El precitado recurso se fundamentó en dos motivos, que serán objeto de examen conjunto, dada la relación de identidad que existe entre ambos.

1.- El primero de ellos, se formula, al amparo de lo dispuesto en los arts. 469.1.3º y 469.1.4º LEC, por infracción de normas o garantías procesales, al no aplicarse lo dispuesto en el art. 304 de la LEC, causando con ello indefensión material a la parte recurrente. Se citó, en apoyo de tal motivo, la sentencia 588/2014, de 22 de octubre.



En su desarrollo, se considera vulnerado tal precepto, al no estimarse admitidos por la demandante Primeuve, S.L., los hechos que le eran perjudiciales a pesar de que el administrador, que firmó el contrato de permuta financiera D. Salvador, citado en legal forma y con todos los apercibimientos, no compareció para ser interrogado en el juicio, considerándose su declaración un medio de prueba idóneo al efecto de acreditar la existencia o no del error vicio en el consentimiento objeto del proceso.

El mentado motivo se apoyó, además, en la jurisprudencia de esta Sala, en tanto en cuanto proclama que vicia el consentimiento por error la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información; pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de la información necesaria para consentir consciente y libremente (sentencias 840/2013, de 20 de enero y 10/2017, de 13 de enero).

En consecuencia, la declaración del Sr. Salvador se revelaba como idónea y necesaria al efecto de determinar si, como sostenía la demanda, contrató con una representación mental equivocada o, como alegó la parte recurrente, la actora tenía conocimiento previo del contenido de la información sobre los riesgos del producto financiero suscrito, lo que constituía una prueba decisiva para demostrar la ausencia del error vicio en el consentimiento alegado.

Todo lo cual fue causante, se sostiene en el recurso, de una indefensión material, vedada por el art. 24 CE, y que no pudo ser objeto de anterior subsanación, al producirse en la sentencia que resolvió el litigio en segunda instancia.

2.- El segundo de los motivos por infracción procesal se construyó, al amparo del art. 469.1.4º de la LEC, por lesión del **derecho** fundamental a la **tutela judicial efectiva** reconocido en el art. 24.1 CE, con base en la existencia de un error patente en la valoración de la prueba, al apreciar la sentencia de la Audiencia que se produjo vicio en el consentimiento contractual prestado por la actora, como consecuencia de un déficit de información sobre los riesgos del collar bonificado objeto del proceso.

En el desarrollo de este motivo, se considera, en síntesis, que la no comparecencia a la prueba de interrogatorio de la persona contratante de la permuta financiera, a pesar de que se trataba de un medio de prueba admitido, impide afirmar, de una manera lógica y razonable, que el Sr. Salvador no conocía el contenido de esa información, y, en consecuencia, el riesgo de liquidaciones económicas negativas que conllevaba una bajada de los tipos de interés.

Se citó, entre otras, la sentencia núm. 41/2014, de 17 de febrero, que sostiene que no cabe considerar que "[...] el error vicio constituye una consecuencia ineluctable de la inexistencia o deficiencia de la información puesto que puede haber padecido error quien hubiera sido informado -otra cosa es que sea excusable- y, por el contrario, que no lo haya sufrido quien no lo fue".

Se considera que la Audiencia incurrió en un error fáctico, notorio y manifiesto, con lo que la sentencia recurrida, por los motivos expuestos, ha llegado a una conclusión contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia.

TERCERO.- Desestimación del recurso

A los efectos resolutivos del presente recurso partimos de los argumentos siguientes:

1.- Sobre los antecedentes del art. 304 de la LEC y breve examen del **derecho comparado**

El mentado precepto, ubicado dentro del interrogatorio de partes, señala, en su párrafo primero, que: "[...] si la parte citada para el interrogatorio no compareciere al juicio, el tribunal podrá considerar reconocidos los hechos en que dicha parte hubiese intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial, además de imponerle la multa a que se refiere el apartado cuarto del artículo 292 de la presente Ley".

Los antecedentes históricos de dicho precepto justifican la razón de ser de tal norma, como explicamos en nuestra sentencia 616/2012, de 23 de octubre :

"23. Nuestro **Derecho** histórico regulaba la ficta admissio (admisión ficticia) por virtud de la cual en el proceso civil la negativa de la parte a contestar las preguntas que le formulare el juez se tenían por admitidas -las Leyes de Partida disponían que "seyendo alguno preguntado del judgador, sobre cosa que pertenezca al pleito, si fuera rebelde, non queriendo responder a la pregunta; que tanto le empece aquella rebeldía, de non querer responder como si otorgasse aquella cosa, sobre que le preguntaron" (Tercera Partida; título XIII, Ley III)-, pero no regulaba de forma expresa las consecuencias de la imposibilidad de interrogar a la parte por incomparecencia de la misma ante el juzgador.



24. Para evitar la utilización de tal argucia por los litigantes como técnica para eludir la prueba de "confesión" -de cuya importancia en aquellas fechas da fe la institución del "juramento decisorio"-, y, claro está, para sustraerse a la aplicación de tal regla, el legislador dispuso en el artículo 293 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 que [e]l que ha de ser interrogado será citado con un día de antelación. Si no compareciere, se le volverá citar bajo apercibimiento de que si no se presentare a declarar sin justa causa, será tenido por confeso".

25. Los nefastos resultados a los que conducía la aplicación rigurosa del tenor literal de la norma "será tenido por confeso", fueron determinantes de que el artículo 593 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 matizase las consecuencias, equiparando la incomparecencia a la negativa a responder o a las respuestas ambiguas y facultase al Juez para valorar tal comportamiento, sin imponerle su resultado. A tal efecto dispuso que "[s]i el llamado a declarar no compareciere a la segunda citación sin justa causa, rehusare declarar o persistiere en no responder afirmativa o negativamente, a pesar del apercibimiento que se le haya hecho, podrá ser tenido por confeso en la sentencia definitiva".

26. En parecidos términos el artículo 304 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que "[s]i la parte citada para el interrogatorio no compareciere al juicio, el tribunal podrá considerar reconocidos los hechos en que dicha parte hubiese intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial...".

27. Esta regla, es similar a la vigente en otros ordenamientos próximos -así el artículo 232 del Código procesal italiano dispone que "[s]e la parte non si presenta o rifiuta di rispondere senza giustificato motivo, il collegio, valutato ogni altro elemento di prova, può ritenere come ammessi i fatti dedotti nell'interrogatorio" ([s]i la parte no comparece o se niega a responder sin motivo justificado, el tribunal, valorado con cualquier otro elemento de prueba, puede considerar como admitidos los hechos alegados en el interrogatorio); y el 198 del francés que "[l]e juge peut tirer toute conséquence de droit des déclarations des parties, de l'absence ou du refus de répondre de l'une d'elles et en faire état comme équivalent à un commencement de preuve par écrit" ([e]l juez puede sacar cualquier consecuencia del **derecho** a las declaraciones de las partes, la ausencia o la negativa a responder una de ellas y hacer el estado como equivalente a un inicio de prueba por escrito)-, que no obligan al juzgador a atribuir a la negativa o incomparecencia los efectos fatales y configuran la ficta confessio (confesión presunta) como una facultad discrecional del tribunal -" podrá considerar reconocidos los hechos ...".

2.- El art. 304 LEC contiene una facultad discrecional del juez de la que no puede hacerse un uso arbitrario

Esta cuestión la hemos abordado en la sentencia 588/2014, de 22 de octubre, en la que se dio explicación a la forma en que debe aplicarse el art. 304 de la LEC, en los términos siguientes:

"1.- La "ficta admissio" [admisión ficticia] prevista en los arts. 304 y 307 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se configura, en consonancia con la doctrina jurisprudencial sobre la "ficta confessio" [confesión ficticia] sentada durante la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, como una facultad discrecional del juez, de uso tradicionalmente muy limitado.

Es una facultad del tribunal, no una regla de aplicación obligatoria, y precisa de la existencia de hechos relevantes para la decisión del litigio respecto de los que el interrogatorio de parte sea un medio adecuado de prueba.

Pero esas características no suponen que su uso por el Juez, bien para aplicarla, bien para denegar su aplicación, pueda ser arbitrario. Cuando no hay otras pruebas adecuadas para acreditar los hechos relevantes del litigio que son objeto de controversia, tal ausencia de pruebas no se debe a la desidia del litigante que propuso la prueba de interrogatorio de parte, y la prueba de interrogatorio de parte sea adecuada para acreditar los hechos de que se trate, la institución de la "ficta admissio" del art. 304 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se revela como idónea para considerar acreditados tales hechos, por la naturaleza de los mismos y la intervención personal que en ellos tuvo la parte cuyo interrogatorio ha sido solicitado. En tales casos, al haber quedado los hechos sin prueba, o al menos sin prueba concluyente, la facultad del art. 304 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha de ser aplicada, prudente y razonablemente de modo que lleguen a considerarse acreditadas tesis absurdas o difícilmente creíbles. De no ser así, el juego de los principios de la carga de la prueba contenidos en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil beneficiaría a la parte que con su postura obstaculizadora de la práctica de la prueba, al no haber comparecido para ser interrogada, ha impedido que el interrogatorio pueda ser realizado.

Se trata de evitar que la falta de prueba de ciertos hechos por culpa de la postura obstruccionista de una de las partes le beneficie por la aplicación de las reglas de la carga de la prueba. Para ello se recurre a la ficción de una admisión tácita de tales hechos por la parte que no acudió al interrogatorio al que fue citada, lo que ha de engarzarse con la jurisprudencia, de origen constitucional, relativa a la obligación de colaboración de las partes en cuyo poder se encuentran las fuentes de la prueba, que se inició con la STC 7/1994, de 17 de enero".

3.- Condicionantes de la aplicación del art. 304 de la LEC



De la exégesis del precitado precepto podemos obtener las consecuencias siguientes:

- (i) Que se refiere exclusivamente a la prueba del interrogatorio de parte y requiere que la citación del litigante, que no comparece a rendir declaración, se haya llevado a efecto con todas las formalidades legales y advertencia expresa de las consecuencias de su incomparecencia (sentencias 907/2007, de 18 de julio y 987/2011, de 11 de enero de 2012).
- (ii) Los hechos admitidos deben ser aquéllos en los que la parte haya intervenido personalmente, lo que implica protagonismo en ellos.
- (iii) Que su fijación como ciertos sea enteramente perjudicial para la parte.
- (iv) Se trata de una facultad y no de una obligación que opere de forma automática e incondicionada, de manera que la *ficta admissio* no constituye consecuencia ineludible, normativamente impuesta, anudada al hecho de la incomparecencia de la parte a su interrogatorio. En este sentido, las sentencias 958/2005, de 15 de diciembre; 907/2007, de 18 de julio y 588/2014, de 22 de octubre).
- (v) Como cualquier facultad **judicial**, su juego normativo no puede ser arbitrario. A tales efectos, es necesario ponderar si hay otras pruebas adecuadas para acreditar los hechos relevantes del litigio que son objeto de controversia, si la ausencia de pruebas no se debe a la desidia del litigante que propuso la prueba de interrogatorio de parte, y si dicha prueba es adecuada para acreditar los hechos objeto del proceso.
- (vi) Se trata de buscar un correctivo a conductas obstruccionistas de parte, a través de las cuales se impide a quien propone el interrogatorio cubrir las exigencias del *onus probandi* del art. 217 de la LEC, en relación con la obligación de colaboración de las partes en cuyo poder se encuentran las fuentes de la prueba.
- (vii) La facultad del art. 304 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha de ser aplicada, de forma prudente y razonable, de modo que no lleguen a considerarse a su amparo acreditadas tesis absurdas o difícilmente creíbles.
- (viii) No impide sino que obliga al tribunal a ponderar los otros elementos de prueba obrante en autos en una valoración conjunta de la prueba según las reglas de la sana crítica, como impone el art. 316 de la LEC.
- (ix) La valoración del conjunto probatorio obrante en las actuaciones corresponde al juzgado y a la audiencia, al no tratarse el recurso extraordinario por infracción procesal de una tercera instancia, buena muestra de ello radica en que, dentro de los motivos tasados contemplados en el art. 469 de la LEC, no se encuentre el error en la valoración de la prueba, lo que pone de manifiesto que el legislador reservó dicha valoración para la primera y segunda instancia (sentencias 626/2012, de 11 de octubre, con cita de otras muchas; 263/2016, de 20 de abril o 615/2016, de 10 de octubre).

En este sentido, se pronuncia la sentencia 616/2012, de 23 de octubre, cuando proclama que:

"En consecuencia, no se infringe el precepto en aquellos casos en los que el Juez no hace uso de la facultad de que se trate, sin que sea posible suplirla por vía del recurso extraordinario por infracción procesal, ya que otra cosa supondría convertirlo en una tercera instancia (en este sentido, sentencias 958/2005, de 15 diciembre, 907/2007 de 18 julio, 1242/2007 de 4 diciembre y 987/2011 de 11 de enero)".

De igual forma, la sentencia 987/2011, de 11 de enero de 2012, señala que "el tema de la "ficta confessio" no es susceptible de ser planteado en el recurso extraordinario porque se trata de una facultad del tribunal -"podrá considerar reconocidos los hechos..." (art. 304, párrafo primero, LEC) y las facultades discrecionales solo son controlables en casos de arbitrariedad o manifiesta irrazonabilidad".

(x) Todo ello, sin perjuicio, claro está, de errores patentes, manifiestos, irracionales, arbitrarios, que supongan vulnerar lo dispuesto en el art. 24.1 CE, por inobservancia del canon de racionalidad, situación fiscalizable al amparo del art. 469.1.4º LEC (sentencias 655/2019, de 11 de diciembre; 31/2020, de 21 de enero; 144/2020, de 2 de marzo; 298/2020, de 15 de junio; 674/2020, de 14 de diciembre o 681/2020, de 15 de diciembre, entre otras muchas).

Existe arbitrariedad cuando, aún constatada la existencia formal de una argumentación, la resolución resulte fruto del mero voluntarismo **judicial** o exprese un proceso deductivo irracional o absurdo (sentencias del Tribunal Constitucional 244/1994, FJ 2; 160/1997, de 2 de octubre, FJ 7; 82/2002, de 22 de abril, FJ 7; 59/2003, de 24 de marzo, FJ 3, 90/2010, de 15 de noviembre, FJ 3).

4.- La desestimación del recurso interpuesto

Bajo los condicionantes derivados de la argumentación antes expuesta, el recurso por infracción procesal debe ser desestimado, en función de las consideraciones siguientes.



En primer término, dado que, al interesarse su interrogatorio, D. Salvador ya no era administrador de la entidad demandada y, por lo tanto, su legal representante, al haber cesado en dicho cargo. Tal circunstancia fue puesta en conocimiento de la parte recurrente mediante escrito de la contraparte de fecha 7 de enero de 2014, ofreciendo que declarase en su lugar el actual administrador único de la mercantil demandante D. Jose Miguel. La entidad financiera presentó, a su vez, escrito datado el 9 de enero de 2014, en el que señaló que, si el Sr. Salvador no pudiera ser oído en su interrogatorio, sea oído como testigo, lo que así se acordó por providencia del juzgado de 11 de febrero de 2014, lo que es coherente con lo normado en los arts. 308 II y 309.1 LEC.

Por otra parte, la sentencia de la Audiencia señala que existía además un conflicto de intereses entre el Sr. Salvador y la sociedad, con denuncia incluso ante la policía, que explicaba su incomparecencia en juicio. En tal contexto, es difícil de apreciar una conducta obstruccionista en la práctica de tal prueba achacable a la entidad actora y no personalmente a quien fue su anterior administrador.

En segundo lugar, existían en los autos otros elementos de juicio, que permitían una valoración conjunta de la prueba, como la realizada por la sentencia recurrida, a los efectos de constatar la existencia del error declarado anuladorio del contrato suscrito, en cuya apreciación no se ha incurrido en arbitrariedad ni implica vulneración del canon constitucional de racionalidad impuesto por el art. 24.1 CE, máxime si tenemos en cuenta los efectos de la admisión fáctica que reconoce el Juzgado.

En efecto, ello es así dado que alguno de los hechos que se pretenden dar por admitidos por el juego del art. 304 LEC conforman elementos de constatación objetiva no cuestionados, como la celebración de los contratos, suministro de documentación, amortización anticipada de la primera permuta; o bien, por referirse al swap de intereses de 2006, sobre el que no versa la nulidad declarada, sino sobre el collar bonificado de 2008; o bien, porque no desvirtúan, ni son incompatibles con la apreciación del error del consentimiento alegado, como la información suministrada sobre lo obvio, es decir que las liquidaciones pueden ser positivas o negativas, sin que conste, no obstante, una explicación dada sobre las consecuencias de una bajada brusca, prolongada y abrupta del interés de referencia; o que la cancelación anticipada tiene un coste positivo o negativo, sin que tampoco resulte de la argumentación del juzgado la advertencia de que pudiera ascender a un elevado importe difícilmente asumible para el cliente bancario.

Los hechos admitidos, por la sentencia del Juzgado, en virtud del juego del art. 304 LEC, no permiten considerar arbitraria la apreciación por parte de la Audiencia del error en el consentimiento, fundamento de la acción de nulidad ejercitada, sin que en aquellos hechos se haga referencia a la concreta información facilitada en los términos exigidos por las sentencias 535/2015, de 15 de octubre; 549/2015, de 22 de octubre; 668/2015, de 4 de diciembre, 154/2016, de 11 de marzo; 524/2019, de 8 de octubre y 618/2019, de 19 de noviembre, a las que haremos ulterior referencia, al entrar a resolver el recurso de casación igualmente interpuesto. En el sentido expuesto, razona el juzgado, con respecto a la suscripción del producto financiero litigioso:

"Que cuando se contrata la segunda permuta financiera en 2008 no existía ninguna operativa con Caixa Penedés en estudio. Que en aquellos momentos tenían un riesgo de 30.952.000,00 €. Que en mayo de 2008 el Euribor estaba en alza clara y decidieron nuevamente concertar una permuta, en la cual también hubo un proceso negociador y dispuso de un periodo de reflexión, Que no confundió esta segunda permuta financiera con un seguro gratuito. Que conocía que la cancelación anticipada de este producto supondría un coste o una ganancia en función de la situación del mercado, al igual que ocurrió con el primer swap suscrito. Que no han presentado queja alguna en relación a este producto ante la caja, el Defensor del Cliente, el Banco de España o la CNMV".

La Audiencia, por su parte, pondera elementos de juicio, en una apreciación conjunta de la prueba, perfectamente racional y fundada en una reiterada doctrina de esta sala, tales como que no basta la entrega genérica de la documentación contractual; que el deber de información corresponde al banco, que es una obligación activa, cuya carga de la prueba le compete; que la entidad actora tenía la consideración de minorista y que sus administradores carecían de cualificación sobre el concreto producto financiero comercializado de elevado riesgo, por la simple razón de su condición de empresarios, o por tratarse de empresas con un cierto volumen de negocios; que no basta la mera información sobre lo obvio, esto es que las liquidaciones pueden ser tanto positivas como negativas; que la omisión de información precontractual sobre el coste de la cancelación anticipada no es paliada por la mera referencia a que el cliente pagará o recibirá la cantidad que resulte de la liquidación anticipada de la permuta financiera.

Por otra parte, es achacable a la entidad demandada no haber efectuado los test derivados de la aplicación de la Ley 47/2007, a pesar de lo razonado por el Juzgado y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, lo que conforma una ausencia de prueba que le es achacable, toda vez que, conforme hemos declarado con reiteración, por ejemplo entre otras en la sentencia 524/2019, de 8 de octubre, la disposición transitoria primera



de la Ley 47/2007, no interrumpía la entrada en vigor de dicha reforma legislativa, y así señalamos en dicha resolución:

"Pues bien, en el presente caso, el contrato objeto del proceso estaba sometido a la normativa MiFID, al haberse celebrado el 27 de marzo de 2008. Las SSTS 385/2014, de 7 de julio y 110/2015, de 26 de febrero, proclaman, al respecto, que:

"[...] la disposición transitoria primera de la Ley 47/2007 estableció que las entidades que prestaran servicios de inversión deberían adaptar sus estatutos, programas de actividades y reglamentos internos de conducta a lo dispuesto en esa ley y en su normativa de desarrollo en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la misma, lo que tuvo lugar, según su disposición final sexta, el día siguiente a su publicación en el BOE, esto es el 21 de diciembre de 2007. No se contempla en esa norma -tampoco en el RD 217/2008, que entró en vigor el 17 de febrero de 2008- la suspensión de su entrada en vigor durante los seis meses que se conceden a las entidades financieras para su adaptación interna a la nueva normativa, ni excusa a estas de su inmediata observancia (STS de 7 de julio de 2014, rec. 1520/2012".

La sentencia 32/2016, de 4 de febrero, precisa que: "[...] siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía". De igual forma, se pronuncian las sentencias 562/2016, de 23 de septiembre y 618/2019, de 18 de noviembre.

Por todo ello, concluimos que no se ha violado el art. 304 de la LEC, que la sentencia apelada no incurrió en arbitrariedad, ni vulneró el canon constitucional de racionalidad del art. 24.1 CE, ni la demandada sufrió indefensión, sin que el recurso extraordinario interpuesto se configure como una tercera instancia.

CUARTO.- Recurso de casación

El recurso se interpone, por interés casacional, por vulneración del art.1266 del Código Civil, en relación con los arts. 1.265 y 1300 de la misma norma, respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la posible incidencia en el error que tiene el incumplimiento del deber de información de las entidades financieras en la contratación de swaps de tipos de interés, con cita de las sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014; 41/2014, de 17 de febrero; 10/2017, de 13 de enero; 202/2018, de 10 de abril y 264/2018, de 20 de mayo, en las que se declara que "lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información".

El recurso no puede ser estimado, sin hacer supuesto de la cuestión, toda vez que la sentencia de la Audiencia declara la existencia de un déficit de información, que permite presumir la existencia de un error esencial, relevante, excusable y causal.

En las sentencias 535/2015, de 15 de octubre; 549/2015, de 22 de octubre; 668/2015, de 4 de diciembre, 154/2016, de 11 de marzo; 524/2019, de 8 de octubre y 618/2019, de 19 de noviembre, se precisa, entre otras, cuáles son los deberes de información imparcial, que la normativa sectorial (también la anterior a la transposición de la Directiva MiFID), impone a las entidades comercializadoras de los swaps, que no consta facilitada, cuya intensidad es proporcional a la capacidad del cliente para tomar constancia de sus características y riesgos típicos, lo que hace en los términos siguientes:

"En primer lugar, debe informar al cliente que, tratándose de un contrato con un elevado componente de aleatoriedad, los beneficios de una parte en el contrato de swap constituyen el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte, por lo que la empresa de servicios de inversión se encuentra en conflicto de intereses con su cliente, pues los intereses de la empresa y el cliente son contrapuestos. Para el banco, el contrato de swap de tipos de interés solo será beneficioso si su pronóstico acerca de la evolución del tipo de interés utilizado como referencia es acertado y el cliente sufre con ello una pérdida.

Debe también informarle de cuál es el valor de mercado inicial del swap, o, al menos, qué cantidad debería pagarle el cliente en concepto de indemnización por la cancelación anticipada si se produjera en el momento de la contratación, puesto que tales cantidades están relacionadas con el pronóstico sobre la evolución de los tipos de interés hecho por la empresa de inversión para fijar los términos del contrato de modo que pueda reportarle un beneficio, y permite calibrar el riesgo que supone para el cliente. Como hemos dicho anteriormente, el banco no está obligado a informar al cliente de su previsión sobre la evolución de los tipos de interés, pero sí sobre el reflejo que tal previsión tiene en el momento de contratación del swap, pues es determinante del riesgo que asume el cliente.



Asimismo, debe informar si hay desequilibrio en la posición económica de las partes en el contrato, por establecerse limitaciones para las cantidades a abonar por el banco si el tipo de interés de referencia sube y tales limitaciones no existen para las cantidades a abonar por el cliente si el tipo baja. La empresa de inversión debe informar en términos claros, a la vista de la complejidad del producto, si existe dicho desequilibrio y sus consecuencias, puesto que constituyen un factor fundamental para que el cliente pueda comprender y calibrar los riesgos del negocio.

El banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo ilimitado no sólo es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, ruinoso, a la vista del importe del nocional y de la envergadura de la sociedad que contrató el swap. Y también debe informar con claridad de lo relativo a la posibilidad de cancelación anticipada del swap y, en tal caso, qué coste puede tener para el cliente".

Por otra parte, son múltiples las resoluciones de esta Sala que consideran que un incumplimiento de la normativa reguladora de los deberes de información, fundamentalmente en cuanto a los riesgos inherentes a los contratos de swap, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía, como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo (sentencias del Tribunal Supremo 510/2016, de 20 de julio; 580/2016, de 30 de julio; 595/2016, de 5 de octubre; 690/2016, de 23 de noviembre; 727/2016, de 19 de diciembre; 426/2019, de 16 de julio, 347/2019, de 21 de junio y 588/2020, de 10 de noviembre, entre otras muchas).

En definitiva, cuando existe un deber de información y una necesidad de ser informado, para conocer las características y riesgos del producto financiero contratado, el incumplimiento de aquél deber permite apreciar como concurrente el error sufrido con la calificación jurídica de excusable. De esta forma, en la sentencia del Tribunal Supremo del Pleno de la Sala 1.ª de 20 de enero de 2014, declaramos:

"[...] la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente".

QUINTO.- Sobre costas y depósito

1.- De conformidad con lo previsto en art. 398.1 LEC, al haberse desestimado los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación interpuestos, deben imponerse a la recurrente las costas por ellos causadas.

2.- Procede acordar igualmente la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 8 LOPJ.

FALLO

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

1º.- Desestimar los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación interpuestos por Bankia, S.A., contra la sentencia de fecha 11 de julio de 2016, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 19.ª, en el recurso de apelación núm. 585/2016.

2.º- Imponer a la parte recurrente las costas de los recursos interpuestos y ordenar la pérdida de los depósitos constituidos a tales efectos.

Líbrese 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.